Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Diedrich Stöver

aus Hude (Oldenburg)

Referendar am Grossh. Amtsgericht zu Oldenburg

Approbiert am 12. Mai 1903.

OLDENBURG.
Druck von Barfuss & Isensee.
1903.

24

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0028

Meiner lieben Mutter.

Inhalt.

A. Rechtfertigung des Themas und Anlage der Arbeit . . . . 5— 7

B. I. Das Rechtsgeschäft . . . . . 8—23

a) das Rechtsgeschäft bis zum B. G.-B. . . . . 8—19

b) das Rechtsgeschäft des B. G.-B. . . . . 19—20

c) der Vertrag . . . . . 21—23

II. Die Einigung im Sachenrecht des B. G.-B. ihrer rechtlichen Natur nach . . . . . 24—52

a) Die Einigung über die dingliche Rechtsänderung an beweglichen Sachen . . . . . 24—41

1. die Übergabe und die Einigung des § 854,[2] 24—30

2. die Einigung des § 929,[1] und die anderen Fälle 30—41

b) Die Einigung über die dingliche Rechtsänderung an Grundstücken . . . . . 41—52

1. Einigung und Eintragung verglichen mit Übergabe und Einigung . . . . . 41—43

2. Die Einigung des § 873,[1] . . . . . 43—48

3. Die bindende Einigung des § 873,[2] . . . . 48—52

C. Ergebnis 53

Berichtigungen.

Seite 20 Anm. 2 lies statt 15: 11. Seite 19 Anm. 4 lies statt 19 ff: 13 ff. S. 19 muss es heissen statt a): b).

A.

Rechtfertigung des Themas und Anlage der Arbeit.

Zur Übertragung des Eigentums, zur Begründung, Übertragung, Änderung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken wie an beweglichen Sachen verlangt das B. G.-B. die »Einigung« der Beteiligten über die betreffende Rechtsänderung oder dass die Parteien über die Rechtsänderung »einig« sind.[1]) Eine »Einigung« ist endlich auch erforderlich beim Besitzerwerbe im Falle des § 854,2. Letztere ist zweckmässig von den übrigen Fällen der Einigung zu trennen. Wie im Gesetz, so nimmt sie auch in der Entstehungsgeschichte des B. G.-B. eine Sonderstellung ein. Nicht die Einigung des § 854,2, wohl aber die Einigung in den anderen erwähnten Fällen ist hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion Gegenstand eingehender Erörterung gewesen.[2])

Der erste Entwurf des B. G.-B. forderte zur dinglichen Rechtsänderung einen »Vertrag«, zu welchem bei Grundstücken die Eintragung im Grundbuch, bei beweglichen Sachen die Übergabe hinzukommen müsse. In der zweiten Kommission indessen wurden gegen die Bezeichnung der Willenseinigung der Parteien über die dingliche Rechtsfolge als »Vertrag« so gewichtige Bedenken geltend gemacht, dass die Mehrheit beschloss, den »Vertrag« durch den neutralen Ausdruck

[1]) Die grundlegenden §§ sind § 873 und § 929. Im einzelnen vergl. noch § 925 (Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke), § 1012 ff. (Erbbaurecht), § 1018 ff. (Grunddienstbarkeiten), § 1032 ff. (Niessbrauch), § 1094 ff. (Vorkaufsrecht), § 1105 ff. (Reallasten), § 1113 ff. (Hypothek), § 1191 ff. (Grundschuld), § 1199 ff. (Rentenschuld), § 1205 ff. (Pfandrecht an beweglichen Sachen).

[2]) Vergl. besonders Protokoll 183 E 1 § 828 und Protokoll 199 E 1 § 874.

»Einigung« bezw. »einig« (sind) zu ersetzen und die juristische Konstruktion dieser Einigung der Wissenschaft zu überlassen. Diese Aufgabe ist noch nicht als gelöst zu betrachten trotz der bereits umfangreichen Literatur über das B. G.-B. In ihr stellt man sich überwiegend ohne tiefere Begründung auf den Standpunkt des ersten Entwurfes. Terminologisch, so argumentiert man, gebraucht das B. G.-B. zwar das Wort »Einigung« und nicht wie der erste Entwurf den Ausdruck »Vertrag«. Sachlich besteht aber kein Unterschied.[1]) Man übersieht hierbei ganz, dass gerade die Vertragsnatur des rechtlichen Vorganges im Sachenrecht, welchen der erste Entwurf als »Vertrag« bezeichnete, in der zweiten Kommission stark angezweifelt und nicht nur aus terminologischen, sondern auch aus sachlichen Gründen der Ausdruck »Vertrag« fallen gelassen worden ist. Aber wenn nun auch in der Literatur durchweg die Einigung für einen (sog. dinglichen) Vertrag erklärt wird, so gehen doch über die Konsequenzen, die sich aus dieser Auffassung ergeben, die Meinungen wieder weit auseinander, z. B. über die Klagbarkeit des dinglichen Vertrages. So ist in der Tat die Frage nach dem Wesen der Einigung im Sachenrecht noch eine offene. Daher dürfte ein Versuch die Frage dem heutigen Stande der Wissenschaft entsprechend zu behandeln nicht so ganz unangebracht sein, mag man sie auch mit Planck[2]) praktisch für bedeutungslos halten.

Für uns geht nun die Frage dahin, ob die Einigung im Sachenrecht des B. G.-B. ein Rechtsgeschäft ist. Dass damit die etwaige Vertragsnatur der Einigung nicht aus dem Kreise

[1]) So Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl. Bd. I S. 150; Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches Bd. I S. 334; Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes Bd. I § 74 Anmerkung 14; Planck: Kommentar, 2. Aufl. Bd. I Vorbemerkungen zum 3. Titel des 3. Abschnittes des 1. Buches u. v. a.

[2]) Planck Bd. III. Vorbemerkungen S. 19 Anm. Dafür, dass die Auffassung von dem Wesen der Einigung i. S. auch praktische Bedeutung erlangen kann, möge auf eine Entscheidung des Oberl. Dresden vom 7. Jan. 1902 hingewiesen werden. (Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Heft 19 1902 S. 651 ff.)

unserer Betrachtungen ausgeschlossen sein soll, versteht sich von selbst. Um jene Frage entscheiden zu können, müssen wir zunächst auf den Begriff des Rechtsgeschäftes eingehen.[1])

Der erste Teil unserer Arbeit wird daher das Rechtsgeschäft bzw. den Vertrag behandeln, der zweite sich sodann mit der Einigung und ihrer Subsumption unter das Rechtsgeschäft bzw. den Vertrag befassen.

Zum Schluss soll endlich kurz auf die Folgen, die das gewonnene Ergebnis mit sich bringt, hingewiesen werden.

---

[1]) Das Fehlen einer gehörigen Klarlegung des Rechtsgeschäftsbegriffes ist ein empfindlicher Mangel der Schrift von E. Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des B. G.-B. (erschienen bei Liebmann 1900).

Die Ausführungen Brucks gipfeln darin: Jedes Rechtsgeschäft muss einen bestimmten selbständigen Erfolg haben. Die Einigung hat keinen bestimmten selbständigen Erfolg. Demnach ist sie kein Rechtsgeschäft. Den durchaus nicht unanfechtbaren Satz, dass nur die Tatsache den Namen Rechtsgeschäft verdient, welche für sich allein genommen einen bestimmten rechtlichen Erfolg hat, lässt Bruck aber unbegründet. — Konsequenzen freilich zieht er aus seinem Standpunkte so gut wie keine. Auf Einzelheiten in seinen Ausführungen werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

B.

I. Das Rechtsgeschäft.

Das B. G.-B. widmet zwar seinen III. Abschnitt im ersten Buche den »Rechtsgeschäften«, enthält sich aber einer Definition. Welchen Begriff der Gesetzgeber seinen Vorschriften zu grunde gelegt hat, lassen die von ihm über Rechtsgeschäfte gegebenen Bestimmungen allein nicht mit voller Sicherheit erkennen. Um den Rechtsgeschäftsbegriff des B. G.-B. festzustellen, müssen wir die Entstehungsgeschichte seiner Bestimmungen über das Rechtsgeschäft zu Hilfe nehmen. Zu deren richtigem Verständnis ist wiederum ein kurzer Rückblick auf die historische Entwickelung des Rechtsgeschäftsbegriffes durch die Wissenschaft bis zur Entstehung des B. G.-B. nötig.

a) Das Rechtsgeschäft bis zum B. G.-B.

Heute teilt man ganz allgemein die rechtlich erheblichen Tatsachen, d. h. diejenigen Tatsachen, an die eine rechtliche Wirkung geknüpft wird, in Handlungen und in solche, welche keine Handlungen sind. Die Handlungen gliedert man weiter in Rechtsgeschäfte, Delikte und sonstige rechtserhebliche Handlungen. Der Begriff »Rechtsgeschäft«, der heute für die juristische Technik unentbehrlich erscheint, ist verhältnismässig späten Datums. Er ist deutschen Ursprungs und vom corpus iuris unabhängig. Die Römer hatten nur Bezeichnungen für die einzelnen Rechtsgeschäftsarten, aber einen allgemeinen Begriff, der diese Arten umfasste, haben sie nicht ausgebildet. Das »negotium« der Römer kommt unserem Begriff »Rechtsgeschäft« am nächsten, ist aber teils enger, teils weiter.[1]) Das Wort »Rechtsgeschäft« findet sich zuerst bei Hugo, Lehrbuch der Pandekten, 3. Auflage 1805.[2]) Die

[1]) Pernice, Labeo I, S. 403; Lotmar krit. V. J. S. XXX S. 424; Regelsberger, Pandekten § 135[1].

[2]) Schlossmann, Vertrag S. 131.

grundlegende Definition stammt von Savigny.[1]) Nach ihm sind unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften diejenigen Tatsachen zu verstehen: »die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist.« Diese Begriffsbestimmung errang sich bald allgemeine Anerkennung und erfreute sich im wesentlichen lange Jahre eines ruhigen Besitzstandes.[2]) Erst Anfang der siebziger Jahre trat hierin eine Wendung ein. Diese wurde herbeigeführt durch Brinz.[3])

Er war es, der einer neuen Theorie, der sog. objektiven im Gegensatz zu der herrschenden als subjektiv bezeichneten Theorie den Weg zeigte, ohne diesen jedoch selbst mit Entschiedenheit zu betreten.[4]) Der erste, der anknüpfend an Brinz sich gänzlich von dem herrschenden Rechtsgeschäftsbegriff lossagte, war Lotmar in seiner Schrift »die causa im Recht« 1875. Nunmehr entbrannte ein lebhafter Streit um den Rechtsgeschäftsbegriff. Nach Lotmar erklärten besonders Schlossmann, Thon, Kohler, Lenel dem herrschenden Rechtsgeschäftsbegriff den Krieg.[5]) Fast kein Wort in der üblichen Definition blieb unangefochten. Aber an Verteidigern der herrschenden Lehre fehlte es auch nicht. Es seien hier genannt vor allem Zitelmann, sodann Pernice, Zrodlowski, Bruns, O. von Wächter, Eisele und Enneccerus. Die umfangreiche Literatur, die aus dem Streit für und wider erwuchs, ist zusammengestellt bei Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes § 69[1].

[1]) System des römischen Rechts III S. 98/99.

[2]) Vgl. die Definitionen in den Pandektenlehrbüchern von Puchta § 49, von Arndts § 63, Keller § 49, S. 121, Windscheid § 69 u. a. In diesen kehrt der Savignysche Gedanke wieder, wenn auch in einem anderen Gewande. Besonderen Anklang fand die handliche Formulierung Windscheids: »Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtete Privatwillenserklärung.«

[3]) Brinz, Pandekten, 1. Aufl. II (1871), § 132, S. 1388 ff.

[4]) Vergl. Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft, S. 5 u. 6.

[5]) Am weitesten ging Schlossmann. Ihm ist der Begriff des Rechtsgeschäftes ein scholastisches Gebilde ohne Brauchbarkeit. Vertrag S. 128 ff.

Es kann unmöglich unsere Aufgabe sein, alle Streitfragen, welche der Rechtsgeschäftsbegriff heraufbeschworen hat, näher zu verfolgen. Das ginge ins Uferlose. Wir müssen uns daher auf das, was zur Gewinnung der einzelnen Merkmale des nach unserer Ansicht richtigen Rechtsgeschäftsbegriffes der Wissenschaft erforderlich ist, beschränken und nur das normale Rechtsgeschäft und nicht die pathologischen Fälle desselben ins Auge fassen.

Zum Rechtsgeschäft gehört in erster Linie eine Willenserklärung — dies ist kaum bestritten worden — und zwar, wie Windscheid mit Recht betont, eine Privatwillenserklärung. Damit scheiden obrigkeitliche Verfügungen, insbesondere Urteile aus.

Die Begriffserfordernisse, d. h. diejenigen Momente, die bereits im Begriffe »Willenserklärung« mitgedacht werden, bei deren Fehlen eine rechtliche Willenserklärung überhaupt nicht vorliegt:

1) Geschäftsfähigkeit des Erklärenden,
2) Wille,
3) Erklärung,
4) rechtliche und sittliche Erlaubtheit dem Inhalte nach

seien hier nur aufgezählt.[1])

Ob bei der Willenserklärung der Wille (Willenstheorie) oder die Erklärung (Erklärungstheorie) den Ausschlag gibt, brauchen wir hier nicht zu entscheiden. Immerhin sei darüber soviel bemerkt: es stand schliesslich fest, dass streng durchführbar weder die eine noch die andere Theorie sei. Dem ist auch das B. G.-B. gefolgt.[2])

Die Privatwillenserklärung muss nach herrschender Lehre auf Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtet sein. In diesem Punkte griff Lotmar zuerst die herrschende Lehre an, indem er das innere Verhältnis des Parteiwillens zur Rechtsordnung ganz anders auffasste. Die Streitfrage, welche durch ihn aufgeworfen wurde, lässt sich am besten

[1]) Vergl. hierfür Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich I, S. 30 ff.

[2]) Vgl. § 116 mit § 118.

so formulieren: »Tritt die Rechtsfolge ein, weil der Handelnde den Erfolg als einen rechtlichen wollte (subjektive Theorie) oder tritt sie ein, weil der Handelnde einen Erfolg wollte, der ein rechtlicher ist[1]) (objektive Theorie)?« Oder, um mit Kohler[2]) zu reden, sagt das Recht: »Wolle einen Rechtseffekt und ich gebe ihn Dir?« oder sagt das Recht: »Ich schreibe gewissen Akten einen Rechtseffekt zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Akte wählen willst oder nicht. Du kannst Dich darnach benehmen?« Nach den Gegnern des Rechtsfolgewillens geht der innere Wille beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes nicht dahin, einen rechtlichen, sondern einen wirtschaftlichen[3]) oder einen gesellschaftlichen[4]) oder endlich einen empirischen[5]) Erfolg herbeizuführen. Dieser Ansicht gegenüber steht eine starke mehr vermittelnde Meinung: der Wille ist auf Rechtswirkungen gerichtet, aber nicht in der Weise, dass alle Rechtsfolgen gewollt sein müssten, die das Rechtsgeschäft irgendwie unmittelbar oder mittelbar nach sich ziehen kann. Das Rechtsgeschäft erfordert vielmehr nur den Willen der rechtlichen Folgen in praktischer Anschauung, nicht aber das Bewusstsein der juristischen Konstruktion derselben.[6]) In der Tat ist es durchaus zutreffend, dass die Parteiabsicht

---

[1]) Vgl. Bechmann, Kauf Bd. II § 106. Lotmar drückte sich bereits ähnlich aus: »Streng genommen muss man sagen; nicht: Jemand hat die und die Rechtswirkung gewollt, sondern er hat das und das gewollt, was die und die Rechtswirkung hat.« causa S. 15.

[2]) Jahrbuch für Dogmatik XVI, S. 329 bezw. 331.

[3]) u. [4]) Lenel, Jahrbuch für Dogmatik XIX. S. 154 ff. Parteiabsicht und Rechtserfolg; Thon, Rechtsnorm S. 365; Schlossmann, Grünhuts Zeitschrift 7, S. 569; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 2 ff.; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 31 ff.

[5]) Bechmann, a. a. O. § 102 ff.

[6]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 18. Ähnlich Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches 3. und 4. Aufl. Bd. I S. 260. Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 330/31. Crome a. a. O. § 74. Matthias Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. I § 46. Es ist hier gleich die Literatur zum B. G.-B. mit angeführt, da diese Frage vor und unter dem B. G.-B. gleich streitig ist.

in der Regel zunächst auf die Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges gerichtet ist, aber ebenso zutreffend ist es auch, dass die Partei, um diesen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, den Erfolg als einen rechtlichen will.[1]) Nicht als ob die Partei dabei eine deutliche Vorstellung von der juristischen Natur des vorgenommenen Geschäftes haben müsste, sondern es genügt, dass sie ein entsprechendes Rechtsverhältnis will.[2]) Wir halten demnach in diesem Sinne daran fest, dass die Partei den Erfolg als einen rechtlichen wollen muss.

Aber die blosse Richtung der Willenserklärung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges kann zu einem Rechtsgeschäfte noch nicht ausreichen. Denn auch bei Delikten kann die Absicht des Handelnden auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein.[3]) Die übliche Definition ist zu weit. Die Absicht auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges ist beim Rechtsgeschäft wesentlich, ist Tatbestandsmoment, während bei einem Delikte die Rechtsfolge ohne Rücksicht darauf eintritt, ob etwa der Täter diese Rechtsfolge wollte. Ein Rechtsgeschäft liegt allein dann vor, wenn der rechtliche Erfolg nach der Rechtsordnung nur deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Zwischen dem auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen und der entsprechenden Rechtswirkung muss das Verhältnis von Grund und Folge bestehen.[4]) Dies ist in der herrschenden Definition auch gemeint, kommt aber nicht zum Ausdruck.

Darin, dass wir sagen, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Absicht muss wesentlich für den Eintritt des Rechtserfolges sein, ist bereits ausgesprochen, dass der Eintritt des Rechtserfolges mit zum Begriffe des Rechtsgeschäftes gehört. Tritt die gewollte Rechtsfolge nicht ein, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, kein Rechtsgeschäft. Dies betonte schon Lotmar.[5]) Nach ihm verdient nur die

[1]) Vergl. Bruns kleine Schriften II S. 454/55.
[2]) Dernburg a. a. O. S. 331.
[3]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 309.
[4]) Enneccerus a. a. O. S. 153.
[5]) a. a. O. S. 10.

Tatsache den Namen »Rechtsgeschäft«, welche wirklich Rechtsfolge hat. Ob die Rechtsfolge, deren Eintritt gefordert wird, die beabsichtigte sein muss, oder ob das Eintreten irgend einer beliebigen Rechtsfolge hinreicht, darüber herrschte keine volle Einigkeit. Köppen[1]) will sich damit begnügen, dass die auf die Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung irgend eine Rechtsänderung bewirkt hat, sei es die beabsichtigte oder nach Rechtsvorschrift eine andere. Dagegen verlangt Zitelmann[2]) das Eintreten gerade der beabsichtigten Rechtswirkung und das mit Recht. Denn tritt keine gewollte Rechtsfolge ein, so fehlt dasjenige Merkmal, welches das Rechtsgeschäft von den anderen juristischen Tatsachen scheidet und darin liegt, dass bei dem Rechtsgeschäfte die Wirkungen nach Mass und Inhalt durch den Willen der Parteien bestimmt werden. Hiervon kann aber dann keine Rede sein, wenn keine gewollte Wirkung, sondern nach Gesetz nicht gewollte Wirkungen eintreten.[3])

Die aus den vorstehenden Betrachtungen sich als notwendig ergebende Verengerung des Rechtsgeschäftsbegriffes ist auf verschiedene Weise versucht worden.

So meint Zimmermann,[4]) die Handlung müsse *ihrem Wesen nach* auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sein. Eisele[5]) fordert zum Begriffe des Rechtsgeschäftes die *objektiv rechtliche Möglichkeit* einer Rechtsfolge. Nach Thon[6]) muss die Willenserklärung *geeignet* sein, sofort oder im weiteren Verlaufe der Dinge rechtliche Wirkungen hervorzurufen. Bruns[7]) endlich drückt sich dahin aus, ein wirkliches Rechtsgeschäft sei nur das, was die beabsichtigten rechtlichen Folgen auch wirklich wenigstens möglicher Weise schaffen könne, wenigstens zum

[1]) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Jahrb. f. D. XI S. 152.

[2]) a. a. O. S. 301.

[3]) Enneccerus a. a. O. S. 140.

[4]) Stellvertretende Negotiorum Gestio. S. 139 ff.

[5]) Krit. V. J. S. XX S. 6.

[6]) Rechtsnorm und subjektives Recht S. 353.

[7]) a. a. O. S. 456.

Teil und vorläufig. Einfacher aber und treffender ist es, statt dieser Formulierungen zu sagen: »Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges« und nun vom Standpunkt des Erfolges aus hinzuzufügen: »welcher (der Rechtserfolg) nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.« So wird einmal hervorgehoben, dass der Eintritt der Rechtsfolge mit zum Rechtsgeschäftsbegriff gehört, sodann, dass das Wollen der Rechtsfolge Tatbestandsmoment ist. Allerdings hat auch diese Fassung ihre Mängel, indem sie Raum für Zweifel nach einer anderen Richtung hin lässt. Sie gibt uns keinen Aufschluss einmal über die Frage: »Wann muss der Rechtserfolg eintreten? sofort bei Geschäftsabschluss?« Dies verneinen mit Recht Eisele und Bruns, wenn sie sich den Standpunkt der Willenserklärung einnehmend mit der objektiv rechtlichen Möglichkeit der Rechtsfolge begnügen, besonders deutlich aber Thon, wenn er sagt: »Die Willenserklärung muss geeignet sein, sofort oder im weiteren Verlaufe der Dinge rechtliche Wirkungen hervorzurufen.« Ferner wird eine mit der vorstehenden nahe verwandte Frage nicht entschieden; die lautet: »Muss die Willenserklärung den rechtlichen Erfolg allein herbeiführen?« Auch dies ist zu verneinen. Es genügt, wenn sie denselben in Verbindung mit anderen Tatsachen bewirkt.[1]) Dies alles muss noch näher dargelegt werden.

In manchen Fällen bedarf es zum Eintritt der Rechtsfolge ausser der gehörigen Willenserklärung noch eines oder mehrerer anderer Tatumstände. Man bezeichnet sie wohl als objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit.[2]) Eine solche objektive Voraussetzung kann sein: eine Tatsache, wie Zeitablauf, Tod (z. B. beim Testament Tod des Testators); es kann sein eine Privathandlung der Beteiligten, der gesetzlichen Vertreter oder dritter Personen, z. B. Bestätigung, Zustimmung, oder es kann sein eine Amtshandlung der Staats-

[1]) Dernburg, Pandekten 6. Aufl. I, § 91.

[2]) Zitelmann, R. des E. I. S. 30.

organe: Mitwirkung von Urkundspersonen, Eintragung in öffentliche Bücher und Register u. s. w.[1]) Die Rechtsfolge knüpft sich in diesen Fällen an einen zusammengesetzten Tatbestand gebildet durch die Parteihandlung, d. h. die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete und an sich geeignete Willenserklärung und den erforderlichen Tatumstand. Dieser Gesamttatbestand kann einheitlich (punktuell) oder nach und nach (successiv) zu stande kommen.[2]) Im ersten Falle füllt der Entstehungsprozess des Rechtsgeschäfts nur einen Zeitpunkt aus und sind seine Erfordernisse neben einander vorhanden, im zweiten Falle zieht derselbe sich über einen ganzen Zeitraum hin und treten die einzelnen Erfordernisse hinter einander auf. Was ist nun das Rechtsgeschäft? Der Gesamttatbestand, d. h die Parteihandlung plus sonstige erforderliche Tatsachen? oder der einfache Tatbestand der Parteihandlung? — Dass ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand überhaupt vorliegt, obwohl die Willenserklärung allein den Rechtserfolg nicht herbeizuführen vermag, ist, soweit ich sehe, nicht bestritten worden. — Rechtsgeschäft ist auch hier die Parteihandlung in dem obigen Sinne. Sie ist der Kern des Gesamttatbestandes; sie verleiht ihm das eigentümliche Gepräge. Dem steht nicht entgegen, dass zum Begriffe des Rechtsgeschäftes der Eintritt der Rechtsfolge gehört. Dies meint Köppen. Ihm ist der Gesamttatbestand, an den der Spruch der Rechtsordnung die Wirkung anknüpft, das Rechtsgeschäft.[3]) Entsprechend dieser Ansicht fasst er das Testament bis zum Tode des Testators als ein unvollendetes Rechtsgeschäft auf. — Dem ist nicht beizutreten. Es ist vielmehr mit Zitelmann[4]) das Rechtsgeschäft nicht in dem Gesamttatbestande, sondern nur in der Willenserklärung zu sehen allerdings nur dann, wenn sie die beabsichtigte Rechtswirkung hat. Mit der gehörigen Willenserklärung ist

[1]) Vergl. Leonard Jacobi: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Archiv für die civilistische Praxis. Neue Folge 36, S. 62/63.

[2]) Ihering, Geist des röm. Rechts III, [1] S. 158.

[3]) a. a. O. S. 153.

[4]) Irrtum a. a. O. S. 285; vgl. auch Thon a. a. O. Note 57 S. 353.

das Rechtsgeschäft an sich vollendet — das Testament ist mit seiner Errichtung ein vollendetes Rechtsgeschäft — nur der Tatbestand der Rechtswirkung ist unvollendet. Das Rechtsgeschäft ist unentschieden, weil und so lange das Eintreten der beabsichtigten Rechtsfolge noch nicht sicher ist, aber nicht unvollendet.

Nun wird aber eingewandt: das Rechtsgeschäft verursacht die Rechtswirkung;[1]) dann ist aber zwischen dem Rechtsgeschäft und der Entstehung des Rechtes ein leerer Zwischenraum ebenso unmöglich, wie eine Trennung von Ursache und Wirkung.[2]) Um diesem Einwande zu begegnen, versucht man eine Vorwirkung zu konstruieren, welche die Kluft zwischen dem Rechtsgeschäft und der endlichen Wirkung überbrücken soll. Diese Vorwirkung wird bald in der rechtlichen Gebundenheit von Personen oder Sachen, bald in einem besonderen Zwischenrecht gefunden. Als Beispiel möge wieder das Testament dienen. Seine Rechtswirkung tritt nicht schon mit dem Errichtungsakt, sondern erst mit dem Tode des Testators ein. Karlowa[3]) nimmt hier wie in anderen Fällen in der Zwischenzeit eine rechtliche Gebundenheit an. Die »Gebundenheit« des Testators soll in einer Norm, vermöge deren beim Tode des Testators die Erbfolge eröffnet wird, bestehen. Nach Zimmermann[4]) soll mit der gehörigen Errichtung des Testaments ebenfalls eine sofortige rechtliche Wirkung entstehen, nämlich die spes auf die endliche Wirkung des Rechtsgeschäftes. Ähnlich Bruns.[5]) Nach ihm soll der Testator mit der geeigneten Errichtung des Testaments das Recht bekommen, dass mit seinem Tode die eigentliche Wirkung eintritt, ohne dass ein neuer Willensakt nötig ist. Das »Recht«, das hiernach der Testator bei Er-

[1]) So auch Zitelmann a. a. O. S. 285: Rechtsgeschäft ist die Willenserklärung, welche Ursache für das Eintreten der Rechtswirkung ist.

[2]) Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 5 ff.

[3]) a. a. O. S. 7.

[4]) a. a. O. S. 142

[5]) a. a. O. S. 457

richtung des Testaments erhalten soll, ist zu eigenartig, als dass eine solche Konstruktion befriedigen könnte. Gegen wen soll sich dieses »Recht« richten? Nicht anders steht es mit der Gebundenheit. Diese Gebundenheit, welche Karlowa und mit ihm viele andere in den Fällen, in welchen die beabsichtigte Rechtswirkung erst in dem Zeitpunkte eintritt, wo der Wille schon faktisch aufgehört hat zu existieren, bald als eine Gebundenheit der Personen, bald als eine Gebundenheit von Sachen hinstellen, ist ein ganz unfassbares, in den verschiedensten Gestaltungen vorkommendes Ding.[1]) Denn sie ist bald obligatorisch, bald dinglich, bald keins von beiden; bald entspricht ihr ein Recht einer Person, bald nicht, bald ist die Aufhebung der Gebundenheit zulässig, bald nicht.[2]) Die Gebundenheit ist ein Name, der unter sich völlig verschiedene Einzelerscheinungen bezeichnet und darum nichtssagend.

Der Annahme einer solchen »Gebundenheit« bedarf es in jenen Fällen auch garnicht. Sie annehmen zu müssen ist eine selbst geschaffene Schwierigkeit derer, die auch da, wo der Wille und die beabsichtigte Rechtswirkung getrennt sind, von der Vorstellung nicht lassen wollen: der Wille sei die Ursache, die causa efficiens für den Eintritt des rechtlichen Erfolges. Diese Auffassung aber ist kein Gebot der Logik. Rein logisch wäre es vielmehr, den Willen und die Rechtsordnung zusammen als Ursache der Rechtswirkung zu bezeichnen. Denn eine rechtsgeschäftliche Wirkung findet nur statt, wenn erstens der gehörig geäusserte Wille die Rechtswirkung hervorzurufen vorhanden ist und zweitens ein Gesetz besteht, welches an diesen Willen die Rechtsfolge knüpft. Es ist nun ebenso berechtigt zu sagen: »Das Gesetz schafft die Wirkung, wenn der Wille da ist,« als »Der Wille schafft die Rechtswirkung, wenn das Gesetz ihn dazu ermächtigt.«[3]) In den Fällen mit zeitlicher Trennung von Wille und Rechtswirkung aber entfällt die Wahl. Da kann man als unmittel-

[1]) Enneccerus a. a. O. S. 165.
[2]) Enneccerus ebenda.
[3]) Enneccerus a. a. O. S. 154.

bar wirkende Ursache nur das Gesetz ansehen. In einem solchen Falle ist eine Rechtsnorm vorhanden, welche bestimmt: ist ein Wille des und des Inhaltes faktisch und rechtlich gültig erklärt, ist er eventuell auch nicht widerrufen, so soll, wenn die und die weiteren Voraussetzungen später eintreten, alsdann die und die Rechtswirkung entstehen, z. B. die in der Willenserklärung genannte Sache in das Eigentum der in der Willenserklärung genannten Person treten. Liegt eine solche Willenserklärung in concreto vor, so lautet die Rechtsnorm: die bestimmte Sache fällt unter den und den weiteren Voraussetzungen in das Eigentum der bestimmten Person.[1]) Die Rechtsnorm kann für den betreffenden Fall ihre Bedeutung wieder verlieren, weil Umstände eintreten, unter denen das Recht die Wirksamkeit der betreffenden Regel ausschliesst, z B. ein Widerruf erfolgt, oder weil diejenigen Umstände nicht eintreten, von denen die Regel die Rechtswirkung noch abhängig macht.[2]) In den Fällen mit zusammengesetzten Tatbeständen ist eben die Willenserklärung kraft positiver Bestimmung des Rechtes nur eine, wenn auch die grundlegende Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung. Aber das Rechtsgeschäft ist gleichwohl an sich vorhanden; das Ausstehen weiterer vom objektiven Recht verlangter Voraussetzungen bedingt nicht das Dasein des Rechtsgeschäfts, sondern nur, dass das an sich vorhandene Rechtsgeschäft auch die beabsichtigte Wirkung hat.[3]) — Der zum Eintreten der Rechtsfolge noch notwendige Tatumstand wird hin und wieder als eine vom Rechte aufgestellte Bedingung, als Rechtsbedingung, bezeichnet. Diese Bezeichnung ist bis zu einem gewissen Grade zutreffend. Aber es ist zu beachten, dass die Rechtsbedingung eine uneigentliche Bedingung ist, dass sie von der eigentlichen Bedingung, der Parteibedingung, wesentlich verschieden ist. Sie unterliegt daher nicht den für die eigentliche Bedingung

[1]) Enneccerus a. a. O. ebenda.

[2]) Enneccerus a. a. O. S. 165/166.

[3]) Vgl. Zitelmann, Rechtsgeschäfte des Entwurfes I, S. 30.

geltenden Grundsätzen.[1]) Das Wesen der Rechtsbedingung besteht eben darin, dass die Wirksamkeit einer Willenserklärung noch von dem Hinzutritt eines mit rechtlicher Notwendigkeit kommenden Ereignisses abhängt, aber an der Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses sich nichts ändert.[2])

Nachdem wir so die Entwickelung des Rechtsgeschäftsbegriffes durch die Wissenschaft bis zum B. G.-B. kurz verfolgt und uns im wesentlichen der herrschenden Lehre angeschlossen haben, fragt es sich nunmehr: »Was versteht das B. G.-B. unter »Rechtsgeschäft« ?«

---

a) Das Rechtsgeschäft des B. G.-B.

Wenn auch anzunehmen ist, dass von der Arbeit, welche die Wissenschaft hinsichtlich des Rechtsgeschäftsbegriffes geleistet hat, sich ein Niederschlag im B. G.-B. findet, so ist der Rechtsgeschäftsbegriff des B. G.-B. doch selbständig aus dem Gesetz mit Zuhülfenahme seiner Entstehungsgeschichte zu bestimmen.

Nach den Motiven zum Entwurf des B. G.-B.[3]) ist Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes: eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Diese Begriffsbestimmung entspricht der herrschenden Lehre. In ihrem ersten Teile enthält sie die damals übliche Definition, in ihrem zweiten Teile eine Ergänzung derselben, deren Notwendigkeit ebenfalls bereits von der herrschenden Lehre anerkannt war.[4])

---

[1]) Dies verkennt Bruck (S. 11) völlig, wenn er die Rechtsbedingung lediglich deshalb verwirft, weil es nicht von Parteibelieben abhänge, ob der ergänzende Tatumstand verlangt werden soll, noch dieser ein ungewisses künftiges Ereignis sei.

[2]) Vgl. Crome a. a. O. Bd. I S. 446/47.

[3]) Bd. 1. S. 126.

[4]) S. oben S. 19 ff.

Dieselbe Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäftes kehrt in dem Protokolle zweiter Lesung wieder.[1]) Das B. G.-B. gibt, wie oben schon erwähnt, keine Definition; aber seine Bestimmungen über Rechtsgeschäfte (§ 104 ff.) bestätigen, dass auch der Rechtsgeschäftsbegriff des B. G.-B. kein anderer ist. Dies wird auch in der Literatur zum B. G.-B. durchweg angenommen. Auch nach B. G.-B. ist das Rechtsgeschäft eine Privatwillenserklärung. Ihre begrifflichen Erfordernisse entsprechen den von der Wissenschaft aufgestellten; es sind: Geschäftsfähigkeit, allgemeine oder besondere (§ 104 ff.); Wille und Erklärung desselben in gehöriger Form (§ 116 ff.) und endlich rechtliche und sittliche Erlaubtheit (§ 134 bzw. § 138). Die Frage nach dem inneren Verhältnisse des Parteiwillens zur Rechtsordnung ist nach wie vor eine offene.[2]) Zu einem wirklichen Rechtsgeschäfte gehört auch nach B. G.-B. der Eintritt des gewollten Erfolges. Aber das B. G.-B. sieht ebenfalls — und dies sei besonders hervorgehoben — als Rechtsgeschäft nur die Parteihandlung an unbekümmert darum, ob die rechtliche Wirkung sich an diese allein anknüpft oder nicht. Ja, das B. G.-B. gebraucht sogar den Ausdruck »Willenserklärung« in der Regel als gleichbedeutend mit »Rechtsgeschäft«. (Vergl. § 116 ff.) Ist der Eintritt der Rechtswirkung noch von anderen Tatsachen abhängig, so verliert deshalb die Willenserklärung nicht, wie Bruck[3]) meint, den Charakter eines Rechtsgeschäfts. Das bedingt vorgenommene Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und zwar ein vollendetes; der Eintritt der Bedingung ist nur eine Voraussetzung für die Wirksamkeit desselben (§ 158). Ebenso verhält es sich mit einem der Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäft (§ 182).

Wir kommen also dahin, den Rechtsgeschäftsbegriff, welchen die herrschende Lehre vor dem B. G.-B. ausgebildet hatte, auch als den des B. G.-B. aufrecht zu erhalten. Was wir von jenem näher dargelegt haben, gilt auch von diesem.

[1]) S. 268.

[2]) S. oben S. 15.

[3]) a. a. O. S. 4.

c) Der Vertrag.

Die Merkmale des Rechtsgeschäftes muss auch der Vertrag haben; denn nach dem B. G.-B. ist der Vertrag eine Art des Rechtsgeschäftes. Das B. G.-B. widmet dem »Vertrage« einen besonderen Titel (den dritten § 145 ff.) im Abschnitt über »Rechtsgeschäfte«. Schon hieraus kann man entnehmen, dass der Vertrag ein engerer Begriff als das Rechtsgeschäft ist und demnach mehr Merkmale enthalten muss. Der Vertrag ist — und darin liegt sein besonderes Merkmal — ein »zweiseitiges« Rechtsgeschäft. Antrag und Annahme bilden zusammen den Vertrag. Dies erhellt aus § 145 und § 151. Zwei rechtsgeschäftliche Willen müssen sich zu einem zusammenschliessen. Genauer gehört zum Vertrage: der rechtsgeschäftliche Wille von mindestens zwei Personen muss sich zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschliessen und diese Zusammenschliessung der beiden Willen zu einem Willen — dem Vertragswillen — einen genügenden Ausdruck erhalten.[1]) — Von den Streitfragen, die sich auch an den Vertragsbegriff knüpfen, interessiert uns hier besonders eine: die Frage nach der Ausdehnung des Vertragsbegriffes. Manche Schriftsteller des älteren und auch des neueren gemeinen Rechtes wollten als Vertrag nur den »obligatorischen« Vertrag zur Begründung eines Forderungsrechtes anerkennen. Aber schon Savigny[2]) ist nachdrücklich für die Ausdehnung des Vertragsbegriffes auf andere Rechtsgebiete als bloss das des Obligationenrechtes eingetreten und hat insbesondere betont, dass im Sachenrecht der Vertrag in der ausgedehntesten Anwendung vorkomme. So sah er in der Tradition und in

[1]) Planck a. a. O. Bd. 1 S. 196. — Eine im wesentlichen gleiche Definition hat bereits Savigny a. a. O. S. 309. — Die Literatur zum B. G.-B. steht auf demselben Standpunkt; vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 334; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 56 S. 149; Crome a. a. O. Bd. 1 § 74; Matthias a. a. O. S. 168; Endemann a. a. O. Bd. 1 § 69; Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, 2. Auflage, Bd. 1 S. 153 u. a. Vgl. auch Zitelmann, Rechtsgeschäfte i. E. I S. 120.

[2]) a. a. O. S. 312 13.

der Bestellung von dinglichen Rechten einen wahren Vertrag und schlug hierfür den Ausdruck »dinglichen« Vertrag vor zur Unterscheidung von dem »obligatorischen« Vertrage. Der Standpunkt Savignys fand schliesslich grossen Anklang. Und so ist denn auch im B. G.-B. der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass es Verträge nicht nur im Obligationenrecht, sondern auch auf anderen Rechtsgebieten, so im Familien- und Erbrecht[1]) gibt, und hat deshalb die Vorschriften über den Vertrag in den »Allgemeinen Teil« verwiesen. Wie weit das Sachenrecht des B. G.-B. den Vertrag kennt, gehört mit zum Gegenstande unserer Untersuchung. Die Qualifizierung einer zweiseitigen Willenserklärung als Vertrag hängt — dies sei noch gegen Bruck[2]) bemerkt — nicht davon ab, dass sie allein einen bestimmten selbständigen Rechtserfolg hat. Es genügt, wenn sie die Rechtswirkung in Verbindung mit anderen Tatsachen herbeiführt. Das in diesem Punkte über das Rechtsgeschäft Gesagte gilt auch für den Vertrag. Die Annahme an Kindesstatt z. B. erfordert nach § 1741 einen »Vertrag« zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden. In Kraft aber tritt die Annahme an Kindesstatt nicht schon mit dem Abschluss des Vertrages, sondern nach § 1754 erst mit der Bestätigung durch das zuständige Gericht.

Nach diesem Versuch, den Rechtsgeschäfts- bezw. Vertragsbegriff, soweit es unseres Erachtens zur Lösung der Aufgabe notwendig ist, klarzulegen, treten wir nunmehr ein in die Erörterung des Wesens der Einigung im Sachenrechte des B. G.-B., um zu prüfen, ob die Einigung die Merkmale des Rechtsgeschäfts- bzw. Vertragsbegriffes hat. Finden wir, dass die Einigung unter diesen Begriff fällt, so ist damit die direkte Anwendung der Vorschriften des B. G.-B. über »Rechtsgeschäfte« auf dieselbe gegeben.

Zuerst soll uns nun die Einigung über die dingliche Rechtsfolge an beweglichen Sachen in Anknüpfung an § 929,[1], sodann die Einigung über die dingliche Rechtsfolge an unbeweglichen Sachen im Anschlusse an § 873 beschäftigen.

[1]) Vergl. fürs Familienrecht § 1741, fürs Erbrecht §§ 1941 u. 2346.
[2]) a. a. O. S. 12.

Die Einigung des § 854,[2] wird zweckmässig in Zusammenhang mit § 929,[1] gebracht. In der Literatur wird in der Behandlung der ersten beiden Fälle der Einigung durchweg kein Unterschied gemacht. Sie geht in der Regel so vor sich, dass man die Einigung des § 873 eingehend erörtert und dann darauf hinweist, bei der dinglichen Rechtsänderung an beweglichen Sachen habe die Einigung dieselbe Natur, nur trete an Stelle der Eintragung die Übergabe. In Wahrheit ist aber die Verschiedenheit der beiden Fälle bedeutend grösser als es hiernach den Anschein hat, so dass es sich empfiehlt, beide getrennt von einander selbständig zu erörtern.

II. Die Einigung im Sachenrechte des B. G.-B. ihrer rechtlichen Natur nach.

a) Die Einigung über die dingliche Rechtsänderung an beweglichen Sachen.

§ 929 Abs. 1 lautet: »Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.« Das B. G.-B. macht darnach den Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Übertragung von dem Vorhandensein zweier Erfordernisse: Übergabe und Einigung, abhängig und bekennt sich somit zu dem sog. Traditionsprinzip. Betrachten wir die beiden Erfordernisse einzeln; denn es ist unmöglich dem Wesen des zweiten gerecht zu werden ohne Untersuchung des ersten. Zudem steht mit der Übergabe die Einigung des § 854,[2] in naher Beziehung.

1. Die Übergabe und die Einigung des § 854,2.

Zur Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache ist also notwendig, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Hierunter ist jeder Erwerb des Besitzes an der Sache durch den Erwerber, welcher sich mit Zustimmung des bisherigen Eigentümers vollzieht, zu verstehen. Die Übergabe braucht nicht streng körperlich zu sein, vielmehr muss auch der Besitzerwerb gemäss § 854,[2] ausreichen. Denn sonst käme man zu dem eigentümlichen Resultat, dass der Erwerber durch Besitzeinräumung nicht streng körperlicher Art zwar den Besitz an der Sache erlangt, das Eigentum aber nicht trotz aller Einigung beider Teile über den Eigentumsübergang.[1]) Zu beachten ist aber, dass das Gesetz stets eine Willensbetätigung des Eigentümers dem Erwerber gegenüber verlangt; das liegt unzweideutig in dem »übergibt« aus-

[1]) Biermann, Das Sachenrecht des B. G.-B. § 929 Ziff. 2.

gesprochen. Eine Übergabe nach § 929,1 liegt nur dann vor, wenn das Geben und Nehmen der Sache, die Einräumung und Ergreifung des Besitzes an ihr sich als einen Willensakt seitens des Eigentümers und des Erwerbers, als Parteihandlung darstellt. Dies wird lebhaft, aber unseres Erachtens wenig glücklich, bestritten von Manigk.[1]) Dieser geht nicht von dem als Regelfall vom Gesetzgeber an die Spitze des § 929 gestellten Satz 1 aus, sondern von dem als Ausnahme behandelten Satz 2 des §. Nach diesem genügt zur Eigentümsübertragung die blosse Einigung über den Übergang des Eigentums, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist. Mit Recht hebt Manigk (S. 193) hervor, dass es hier nur auf die Tatsache, dass der Erwerber im Besitze der Sache ist, ankommt, es aber ganz gleichgültig ist, wie er den Besitz erworben hat, ob durch eigene Handlung oder durch die eines dritten oder gar durch Zufall. Falsch aber ist es, nun den Regelfall der Ausnahme unterzuordnen und im offenbaren Widerspruch mit der Absicht des Gesetzgebers und dem klaren Wortlaute des Gesetzes weiter zu sagen: auch nach § 929,1 könne es mithin nur darauf ankommen, dass der Erwerber den Besitz, nicht darauf, wie er ihn erlange. Hier ist allerdings das Wie des Besitzerwerbes wesentlich, weil der Gesetzgeber das Wie ausdrücklich bestimmt hat: der Besitz muss erworben werden dadurch, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Nicht der zufällige Besitzerwerb reicht aus, sondern es ist konsensualer Besitzerwerb durch bewusstes Handeln der Parteien erforderlich. Zu dem tatsächlichen Besitzerwerb muss der Konsens der Parteien über den Besitzübergang hinzukommen. Als für seine Ansicht sprechend führt Manigk (S. 194) folgendes Beispiel an: wenn beim Sturme eine Banknote aus meinem Fenster fliegt und ich einem auf der Strasse Vorübergehenden zurufe, dass ich ihm die Banknote schenke, so erwirbt letzterer zweifellos Eigentum, sobald er die Sache aufhebt und dabei ausdrücklich

[1]) Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, erschienen 1901 als 5. Heft der »Studien zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts«.

oder stillschweigend seinen Konsens erklärt. »Und doch,« so sagt Manigk wörtlich, »liegt in diesem Fall weder Satz 1 noch Satz 2 des § 929 vor; denn weder erfolgt eine Übergabe als Handlung des Eigentümers noch ist der Besitz schon vor der Einigung in den Händen des Erwerbers. Andererseits ist der Eigentumserwerb hier zweifellos derivativ.« Nun, wenn das richtig wäre, dass weder Satz 1 noch Satz 2 des § 929 Platz greift noch endlich Occupation vorliegt, so wäre die notwendige Folge: nach dem B. G.-B. hat der Vorübergehende das Eigentum an der Banknote nicht erworben. Aber jene Annahme ist nicht richtig. Das angeführte Beispiel stellt nur einen in ähnlicher Weise sich durchaus nicht selten vollziehenden Fall des § 929,[1] dar. Manigk fasst den Begriff »Übergabe« viel zu eng. Eine streng körperliche Übergabehandlung, eine Übergabe der Banknote von Hand zu Hand nimmt der Eigentümer zwar nicht vor; aber der Vorübergehende erwirbt den Besitz an der Banknote mit Zustimmung des bisherigen Eigentümers, und insofern liegt doch eine Handlung des Eigentümers vor. Der Eigentümer hat den Willen, dem Vorübergehenden den Besitz an der Banknote einzuräumen, durch seinen Zuruf: »Ich schenke Dir die Banknote,« genügend dem Vorübergehenden kundgetan, und dieser ergreift jetzt in Übereinstimmung mit dem Besitzaufgabewillen des Eigentümers den Besitz an der Banknote. Zum Besitzerwerbe ist es nicht einmal nötig, dass der Vorübergehende die Banknote aufhebt, sondern es genügt, dass er sich irgendwie damit einverstanden erklärt, dass der Besitz an der Banknote auf ihn übergeht, da ja der tatsächlichen Ausübung des Besitzes an der Banknote kein Hindernis entgegensteht (§ 854,[2]). Nicht eine förmliche Übergabe der Sache wird vom Gesetze gefordert, sondern — und dies ergibt sich in der Tat aus § 929,[2] — der Erwerb des Besitzes durch den Erwerber der Sache, aber nicht auf irgend eine beliebige Art und Weise — das hiesse den Zufall über den Eigentumsübergang entscheiden lassen —, sondern mittels Übertragung von seiten des Eigentümers der Sache. — Die juristische Konstruktion der Besitzübertragung des § 929,[1]

ist, soweit sie von den Schriftstellern überhaupt berührt wird, bestritten. Die unseres Erachtens richtige Ansicht wird vertreten von Cosack[1]) und Fischer.[2]) Sie geht dahin: die Besitzübertragung des § 929,[1] ist ein Vertrag. Die Begründung dieser Auffassung führt uns zu einer Erörterung des § 854,[2].

§ 854,[2] enthält einen zusammengesetzten Tatbestand. Ein sich nach ihm vollziehender Besitzerwerb setzt voraus: 1) die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers über den Besitzübergang; 2) dass der Erwerber in der Lage ist die Gewalt über die Sache auszuüben. Und zwar wird der Besitz nur erworben, wenn die zweite Voraussetzung in dem Zeitpunkte vorhanden ist, in welchem die erste hergestellt wird. Die Folge, welche sich an diesen Tatbestand knüpft, ist: mit dem Zustandekommen der Einigung geht der Besitz an der Sache von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber über. Diesen Besitzübergang herbeizuführen, darauf ist die Einigung gerichtet. An eine Form ist die Einigung nicht gebunden. Sie braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern es kann dies auch stillschweigend geschehen. So wird z. B. oft die Auflassung, der Verkauf eines Grundstücks die Einigung über die Besitzübertragung enthalten.[3]) Der Ausdruck »Einigung« besagt schon, dass der Wille von mindestens zwei Personen sich zu einem Willen zusammenschliessen muss. Derselbe rechtliche Erfolg, auf dessen Herbeiführung dieser Wille gerichtet ist, ist der Besitzwechsel.[4]) Sind nun die Willen, welche sich zu einem zusammenschliessen, rechtsgeschäftliche und daher die Einigung entsprechend unserer obigen Definition ein Vertrag? Strohal sieht in der Tat in der Einigung des § 854,[2] einen Vertrag im technischen Sinne, da sie einen durch sie herbeizuführenden

---

[1]) a. a. O. Bd. 1 S. 116.

[2]) Fischer-Henle, B. G.-B. § 929, Anm. 4.

[3]) Bruck a. a. O. S. 20 u. 21.

[4]) Wir gehen davon aus, dass der Besitz des B. G.-B. ein Recht ist. Dies ist allerdings nicht unbestritten.

rechtlichen Erfolg bezweckt.[1]) Ihm ist beizutreten. Infolge der Einigung kommt hinsichtlich der Sache die Rechtsstellung eines Besitzers nicht mehr dem bisherigen Besitzer, sondern dem Erwerber zu. Planck dagegen spricht der Einigung die Vertragsnatur ab.[2]) Er erblickt in dem Besitzerwerbe des § 854,[2] nur einen Fall des konsensualen Besitzerwerbes, des Besitzerwerbes durch Übergabe überhaupt. Darin ist ihm durchaus zu folgen. Nun aber betont Planck weiter, die Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber sei nicht von Bedeutung als gesetzliche Voraussetzung des Besitzerwerbers als solchen, sondern nur als Voraussetzung für die Feststellung, dass sich der Besitzerwerb durch Übergabe vollzogen habe.[3]) Das ist nicht zutreffend. Die Einigung ist im Falle des § 854,[2] nicht nur Voraussetzung dafür, dass der Erwerber Übergabebesitz verlangt, sondern auch Voraussetzung dafür, dass er den Besitz als solchen erwirbt. An der Sache selbst wird im Falle des § 854,[2] keine Besitzhandlung vorgenommen. Darin beruht ja eben die Bedeutung dieser gesetzlichen Bestimmung. Der Erwerber muss nur in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben, d. h. es darf der unmittelbaren wirklichen Ausübung der Gewalt keinerlei Hindernis im Wege stehen. Aber damit allein, mit der blossen Möglichkeit der unmittelbaren Apprehension hat der Erwerber noch nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache, den Besitz erlangt. Aber gleichwohl wird ihm die tatsächliche räumliche Herrschaft über die Sache zugeschrieben dann, wenn der bisherige Besitzer und der Erwerber darüber einig sind, dass der Besitz von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber übergehen soll. Es tritt also der Besitzwechsel im Falle des § 854,[2] nur ein, weil er von beiden Teilen gewollt ist. Die Einigung ist wesentlich auch für den Erwerb

---

[1]) Der Sachbesitz nach B. G.-B., Jahrb. für die Dogmatik 38, S. 81; ebenso Biermann a. a. O. Bem. 3 zu § 854; v. Staudinger, Sachenrecht zu § 854, II, 1b u. a; inkonsequenter Weise auch Bruck a. a. O. S. 19 ff.

[2]) Planck a. a. O. Bd. III zu 854,[2].

[3]) Ähnlich Motive Bd. III S. 91.

des Besitzes als solchen, nicht allein für die Erlangung des Übergabebesitzes. Wir bleiben demnach dabei: die Einigung des § 854,[2] ist ein Rechtsgeschäft, ist ein Vertrag.

Hieraus folgt, dass auch die Übergabe des § 929,[1] ein Rechtsgeschäft sein kann, sie ist es nämlich jedenfalls dann, wenn sie sich nach § 854,[2] vollzieht. Es ist daher zuviel von Bruck behauptet, wenn er meint, die Übergabe sei ebenso wenig ein Vertrag wie die Eintragung.[1]) Mit dem Ergebnis, die Übergabe kann unter Umständen ein Vertrag sein, ist die Frage nach ihrer juristischen Konstruktion noch nicht genügend beantwortet. Wir gehen daher auf dem eingeschlagenen Wege weiter und behaupten, die Übergabe des § 929,[1] ist stets ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag. Bei der körperlichen Übergabe der Sache, der Übergabe im engeren Sinne, hat die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers hinsichtlich des Besitzüberganges nicht ganz dieselbe Bedeutung wie bei dem soeben erörterten Besitzerwerb nach § 854,[2]. Hier ist der Konsens nicht die Voraussetzung für den Besitzerwerb als solchen. Durch das Geben und Nehmen der Sache erlangt der Erwerber die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz nach § 854,[1], auch wenn der Konsens der Beteiligten über den Besitzübergang nicht vorhanden ist. Aber trotzdem hat die Einigung ihre selbständige Bedeutung. Der Erfolg wird ein ganz anderer, wenn bei dem Geben und Nehmen der Sache eine Einigung über den Besitzübergang vorliegt. Dann erlangt der Erwerber nicht blossen tatsächlichen Besitz an der Sache, sondern mehr; er erlangt den Übergabebesitz. Und der Übergabebesitz bildet, abgesehen von seiner rechtlichen Bedeutung in sonstiger Beziehung, eine notwendige Voraussetzung für den Eigentumserwerb nach § 929,[1]. Der Übergabebesitz kommt aber nur deshalb zustande, weil er von dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber gewollt ist. Für die Herbeiführung dieses rechtlichen Erfolges ist die Einigung der Beteiligten über den Besitzübergang an der Sache Tatbestandsmoment. — Wir

[1]) a. a. O. S. 19.

kommen somit dazu unsere obige Behauptung: die Übergabe des § 929,[1] sei immer ein Vertrag, als richtig anzusehen. Daraus, dass die Übergabe des § 929,[1] ein Rechtsgeschäft ist, ergibt sich: es ist von Erheblichkeit, ob der Eigentumstradent bei der Übergabe der beweglichen Sache geschäftsfähig ist oder nicht.[1]) Ist er geschäftsunfähig, so erlangt bei der körperlichen Übergabe der Erwerber zwar die tatsächliche Gewalt und in diesem Sinne Besitz, aber keinen Übergabebesitz. Dann fehlt aber ein notwendiges Erfordernis für den Eigentumserwerb nach § 929,[1].

2. Die Einigung des § 929,1 und die anderen Fälle.

Ausser der Besitzübertragung verlangt das B. G.-B. § 929,[1], dass beide, d. h. der Eigentümer der Sache und der Erwerber darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Mit anderen Worten: das Gesetz fordert eine wirkliche Willenseinigung des Eigentümers und des Erwerbers über den nämlichen rechtlichen Erfolg, über den Eigentumsübergang an der Sache. Es müssen sich also zwei Willen zu einem auf die Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschliessen. Diese Willensübereinstimmung muss, um überhaupt rechtliche Bedeutung zu erlangen, nach aussenhin kundgetan werden, es braucht dies aber nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern sie kann auch stillschweigend erklärt werden. Da endlich der Erfolg des Eigentumsüberganges deswegen eintritt, weil er von dem Eigentümer und dem Erwerber gewollt ist, so liegt es in der Tat nahe, die Einigung des § 929,[1] zwischen dem Eigentümer der Sache und dem Erwerber für ein Rechtsgeschäft, für einen Vertrag zu erklären. — Aber einen wichtigen Punkt haben wir bis jetzt noch gar nicht berührt: nämlich das Verhältnis der Einigung zur Übergabe. Die Einigung vermag allein den Eigentumsübergang an der beweglichen Sache nicht herbeizuführen; es ist vielmehr neben ihr noch die Übergabe der Sache erforderlich. Damit ist allerdings an

[1]) A. M. Manigk a. a. O. S. 197.

sich noch nichts gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Einigung des § 929,[1] entschieden. Denn, wie wir oben ausgeführt haben, ist auch in den Fällen, wo die Rechtsordnung den Eintritt der erstrebten Rechtswirkung noch von dem Hinzutreten eines Tatumstandes ausser der Willenserklärung abhängig macht, mit der gehörigen Willenserklärung bereits ein vollendetes Rechtsgeschäft vorhanden. — Aber in unserem Falle liegt die Sache anders einmal wegen der besonderen Natur des zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache weiter notwendigen »Tatumstandes«, der Übergabe, sodann wegen des eigenartigen Verhältnisses, in welchem diese zu der Willenserklärung, der Einigung, steht.

Das Wesen der Übergabe haben wir bereits untersucht. Hier sei nur namentlich hervorgehoben, dass die Übergabe der Sache Parteihandlung ist zwischen eben dem Eigentümer und eben dem Erwerber, zwischen denen die Einigung über den Eigentumsübergang der Sache statthaben muss, und ferner dass die Übergabe der Sache im Sinne des § 929,[1] ein Vertrag ist und daher einen rechtsgeschäftlichen Willen sowohl bei dem Eigentümer als bei dem Erwerber voraussetzt.

Das Verhältnis, in welchem die Einigung zur Übergabe steht, bedarf dagegen noch näherer Erörterung.

Savigny, der Urheber des sog. dinglichen Vertrages, fasste beide Erfordernisse als Einheit. Er erklärte[1]) die Tradition für einen wahren Vertrag: »Denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt.« Allerdings wird damit die Tradition nicht ganz erschöpft, denn zur vollständigen Eigentumstradition muss noch die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äusserer Vorgang hinzukommen. Aber hierdurch wird das Wesen des zu grunde liegenden Vertrages nicht aufgehoben.[2])

[1]) a. a. O. S. 312 313.

[2]) Savigny a. a. O.

Windscheid[1]) erblickte in der Übergabe der Sache nur äussere Handlung und berücksichtigte den auf die Besitzübertragung gerichteten und durch die Übergabe bekundeten Willen garnicht. Ihm ist die Übergabe die Form des Eigentumsübertragungsvertrages: »Der auf das Geben und Nehmen des Rechtes an der Sache gerichtete Wille muss seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache.« Diese Konstruktion fand viel Beifall. Die Motive[2]) zum Entwurf eines B. G.-B. sprechen sich zwar nicht für sie, aber auch nicht gegen sie aus. Sie betonen jedoch, dass die Übergabe ein notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrages ist und nicht etwa eine Bedingung der Wirksamkeit desselben, welche sich auch nachträglich erfüllen kann. Die zweite Kommission dagegen hat mit der Auffassung der Übergabe der Sache als Form des Übereignungsvertrages entschieden gebrochen. Nach ihrer Ansicht stellt die Übergabe nicht die Form dar, in welcher die Vereinbarung zu Tage tritt, sondern sie ist ein selbständiges Erfordernis für den Eigentumsübergang.[3]) Dies ist denn auch in dem B. G.-B. zum Ausdruck gekommen. Denn wenn es heisst: zur Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll, so werden damit die Übergabe der Sache und die Willenseinigung der Beteiligten als selbständig und gleichwertig neben einander gestellt. In der Tat wird man der Übergabe nicht gerecht, wenn man in ihr nur die Form der Übereignung sieht. Denn die Besitzübergabe hat auch ihre selbständige von der Übereignung ganz unabhängige Bedeutung.[4]) Mit der Gleichwertigkeit und der Selbständigkeit der Übergabe — das Gesetz stellt sie sogar als erstes Erfordernis auf; auch ihrem Wesen nach steht die Übergabe

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 8. Aufl., Bd. I S. 780.

[2]) Bd. III S. 336.

[3]) Protokolle Bd. III S. 196.

[4]) Vgl. Bechmann a. a. O. Bd. II, S. 43 Anm. 1.

mindestens auf gleicher Stufe mit der Einigung, da sie, wie wir gesehen haben, ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag ist — ist es unvereinbar sie als Rechtsbedingung der Einigung unterzuordnen. Ist nun infolge der Verselbständigung der Übergabe ihr zeitliches Verhältnis zu der Einigung ein anderes als ehedem? Dies ist zu verneinen; auch nach B. G.-B. sind Übergabe und Einigung zeitlich aufs engste verbunden: beide müssen punktuell zusammenfallen. Die Motive heben, wie schon bemerkt, ausdrücklich hervor, dass die Übergabe ein notwendig präsentes Moment der von ihnen noch als dinglichen Vertrag bezeichneten Einigung sei. Die im gemeinen Recht vielfach vertretene Auffassung der Übergabe als Form der Einigung war nur möglich, wenn man ein zeitliches Zusammentreffen der Übergabe und der Einigung annahm. Nun ist, wie ebenfalls bereits erwähnt ist, die Übergabe nicht die Form der Einigung, und in den Protokollen ist dies besonders ausgesprochen. Aber die Protokolle erklären sich nicht aus dem Grunde gegen jene Auffassung, weil die Übergabe kein präsentes Moment der Einigung sei, da sie ihr vorausgehen oder nachfolgen könne,[1]) sondern deshalb, weil die Übergabe für sich eine selbständige Bedeutung habe. Der Selbständigkeit der Übergabe widerstreitet nicht, dass die Einigung mit ihr zusammen einen einheitlichen Tatbestand bilden muss. Übergabe und Einigung müssen auch nach dem B. G.-B. neben einander vorhanden sein. Dies besagt § 929,[1] zwar nicht ausdrücklich; es ergibt sich aber aus dem inneren Zusammenhange, in welchem die Übergabe und die Einigung zu einander stehen.

Die Besitzübertragung für sich allein betrachtet hat ihr selbständiges Ziel: nämlich die Verschaffung des Übergabebesitzes; aber sie ist nicht Selbstzweck. Die Übergabe kann zu den verschiedensten Rechtszwecken dienen. Welchem sie in dem einzelnen Falle dient, ist aus der blossen Übergabe nicht zu ersehen; sie ist zu vieldeutig. Das lässt sich leicht auch aus dem Sachenrecht des B. G.-B. belegen. So

[1]) Endemann, a. a. O. Bd. II S. 314.

gehört gemäss § 1032 zur Bestellung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt . . .; ebenso ist nach § 1205 zur Bestellung des Pfandrechtes erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt. Man sieht, in beiden Fällen wird dieselbe Übergabe wie in § 929,[1] verlangt, und doch handelt es sich jedesmal um die Begründung bzw. Übertragung eines anderen Rechtes. Die Einigung der Parteien über die gegebenen Falls beabsichtigte dingliche Rechtsfolge ist dasjenige Moment, welches die an sich mehrdeutige Übergabe der Sache zu einer eindeutigen macht. Dies kann sie aber nur, wenn sie neben der Übergabe vorhanden ist. Es wird nun vielfach behauptet, die nach § 929,[1] erforderliche Einigung könne auch nach der Übergabe der Sache zustande kommen. Gewiss, rein äusserlich genommen trifft dies sogar nicht selten zu. Aber in solchen Fällen kommt es dann garnicht mehr darauf an, dass die Sache dem Erwerber von dem Eigentümer übergeben ist, dass der Erwerber von diesem Übergabebesitz erlangt hat, sondern nur darauf, dass der Erwerber sich im Besitze der Sache befindet; wie er dazu gelangt ist, ist gleichgültig. Es vollzieht sich nicht ein Eigentumserwerb nach § 929,[1], sondern gemäss § 929,[2]. Das zeigen auch die Beispiele, welche für jene Behauptung ins Feld geführt werden. So weist Meisner[1]) auf das Veräussern oder Verzehren zum Kaufe übersandter Waren hin. — Das ist ein Fall der sog. Traditionsofferte. — Hier geht zweifellos das Eigentum an den Waren auf den Adressaten mit dem Verzehren oder Veräussern über. Die Annahme der Traditionsofferte wird zwar nicht ausdrücklich, aber durch das Verfügen über die Waren tatsächlich erklärt und damit die Einigung über den Eigentumsübergang hergestellt. Aber des weiteren ist nicht die Tatsache entscheidend, dass vor der Einigung eine Übergabe der Waren durch Übersendung stattgefunden hat, sondern die Tatsache, dass bei Herstellung der Einigung der Erwerber im Besitze der Waren war. Das

[1]) Kommentar zum dritten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches § 929 Ziff. 1.

Eigentum an den Waren wird erworben nach § 929,[2] und nicht nach § 929,[1]. — Ebenso steht es mit dem Beispiel, dessen Bruck sich bedient.[1]) A übergibt dem B heute einen Ring — etwa als Pfand — und einigt sich erst nach 14 Tagen mit ihm darüber, ihm das Eigentum an dem Ringe zu übertragen. In diesem Falle liegt nicht eine Übergabe der Sache nach § 929,[1], sondern gemäss § 1205,[1] vor. Die Entstehung des Pfandrechtes wird gestützt durch die Übergabe des Ringes. Der Eigentumserwerb gründet sich auf § 929,[2]. Auch hier handelt es sich nicht darum, ob der Ring vor der Einigung einmal übergeben war, sondern darum ob der B zur Zeit der Einigung im Besitze des Ringes war. — In allen den Fällen, in welchen die Einigung der oder richtiger einer Übergabe der Sache nachfolgt, vollzieht sich eben der Eigentumsübergang nach § 929,[2] und nicht nach § 929,[1]. Wer in derartigen Fällen die Übergabe der Sache als solche wesentlich hält, verlangt mehr als das Gesetz, welches sich in § 929,[2] mit dem Besitze schlechthin begnügt.[2])

Nicht so einfach ist es, sich mit der sehr viel vertretenen Meinung, die Einigung könne der Übergabe vorhergehen, abzufinden. Nun, es ist richtig, der Eigentümer einer beweglichen Sache und der Erwerber sind oft vor der Übergabe der Sache darüber einig, dass das Eigentum übergehen soll. Aber welche rechtliche Bedeutung hat denn diese Einigung vor der Übergabe? Jedenfalls nicht die, dass sie für den Erwerber einen klagbaren Anspruch auf Übergabe erzeugt. Darüber ist man sich so ziemlich einig. Anderer Ansicht ist allerdings Endemann.[3]) Nach ihm entsteht aus dem dinglichen Vertrage ein sachenrechtlich begründeter Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechtes durch Übergabe. Dieser Anspruch soll durch Abtretungsvertrag auf dritte übertragen werden können. Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Eine

---

[1]) a. a. O. S. 18.

[2]) Wenn das Gesetz auf die Art und Weise, wie der vorhandene Besitz erworben ist, Gewicht legt, hebt es dies ausdrücklich hervor: vgl. § 932,[1] Satz 2 und 936,[1] S. 2.

[3]) a. a. O. Bd. III S. 81.

Klage auf Übergabe, welche sich lediglich auf die Einigung stützt, ist unschlüssig;[1]) Klaggrund kann vielmehr nur das der Einigung zu grunde liegende Rechtsgeschäft sein. Das Gesetz gibt auch nicht den leisesten Anhalt für die Klagbarkeit der Einigung. Die Motive,[2]) welche die Einigung doch gerade als dinglichen Vertrag bezeichnen, heben besonders hervor, dass der dingliche Vertrag nicht bezwecke, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern ein Recht an der Sache zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, zu belasten oder zu übertragen. Mit Recht weist Romeick auch auf den grauenhaften Formalismus hin, zu welchem die von Endemann vertretene Ansicht führen muss. Aus einem Zettel, der weiter nichts enthält als die Erklärung: A und B sind darüber einig, dass das Eigentum an einer bestimmten Sache übergehen soll,. könnte geklagt werden und dieser Zettel durch Abtretung von Hand zu Hand gehen. — Wenn hienach die Einigung auch der Klagbarkeit entbehrt, so soll sie ihr Dasein vor der Übergabe doch dadurch äussern, dass sie bereits eine Bindung der Parteien hervorruft.[4]) Auf diese Wirkung wird mit Vorliebe hingewiesen im Gegensatz zu den Motiven,[5]) welche ausdrücklich betonen: vor der Übergabe liegt ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor. — Sehen wir uns diese Bindung der Beteiligten vor der Übergabe der Sache mal etwas näher an. Die Parteien sind durch die Einigung gebunden kann hier nur heissen: keine kann einseitig widerrufen. Wenn

---

[1]) Vgl. Romeick, Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege, Bd. 12 S. 111.

[2]) Bd. III S. 8.

[3]) a. a. O. S. 112.

[4]) Cosack (a. a. O. Bd. 1 § 58 Beispiel zu 1a) schreibt der vorläufigen Bindung, welche der Antrag zu einem dinglich wirkenden Vertrage, d. h. der Einigung mit sich bringen soll, sogar bereits »dingliche« Wirkung zu. Aber auch bei diesem sog. dinglichen Vertrage könnte entsprechend der Natur des Vertrages und des dinglichen Rechtes höchstens die Antragsgebundenheit gegenüber dem Oblaten eintreten. Vgl. Crome a. a. O. § 89.

[5]) Bd. III S. 336.

also A und B darüber einig geworden sind, dass das Eigentum an einer bestimmten beweglichen Sache übergehen soll, so hat damit A seinen Willen dem B das Eigentum an der Sache zu übertragen unwiderruflich festgelegt. Aber was hat nun B mit dieser Bindung des A gewonnen? Das Eigentum an der Sache jedenfalls noch nicht. Bietet die Bindung ihm irgend welche Mittel und Wege sich eventuell gegen den Willen des A in das Eigentum der Sache zu setzen? Gegen und selbst ohne den Willen des A nur auf Grund der Einigung in das Eigentum der Sache zu gelangen ist ihm unmöglich.[1]) Zum Erwerbe des Eigentums an der Sache ist ja noch ein Willensakt des A, die Übergabe, erforderlich. Will A diese nicht vornehmen, so ist dem B mit der Einigung nichts gedient; denn lediglich auf diese sich stützend den A zur Übergabe der Sache zwingen kann er nicht. Das wäre unverträglich mit der Selbständigkeit der Übergabe und würde das Traditionsprinzip über den Haufen werfen. A kann trotz der Einigung frei über die Sache verfügen und darf es auch. Verfügt A anderweitig über die Sache, so kann B aus der Tatsache allein, dass A der Einigung zuwider gehandelt hat, keinen Schadensersatzanspruch gegen diesen herleiten; denn A verstösst damit nicht gegen das Recht. — Also bei näherem Zusehen verliert die Bindung, welche die Einigung im Gefolge haben soll, jede Bedeutung. — Genau so verhält es sich mit der Anwendung des § 153 auf die Einigung des § 929,[1]. Wenn A dem abwesenden B einen Antrag zur Einigung über den Eigentumsübergang einer Sache macht, aber vor der Annahme des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird, so bildet dies für das Zustandekommen der Einigung kein Hindernis gemäss § 153. Wir wollen das gelten lassen. Aber wird das irgendwie von Bedeutung? Der Eigentumserwerb ist noch nicht begründet mit der Herstellung der Einigung, weil hierfür noch ein wesentliches Erfordernis, die Übergabe der Sache, aussteht,

[1]) Er kann natürlich aus der der Einigung zu grunde liegenden causa, Kauf, Schenkung u. s. w. gegen A vorgehen; aber das ist eine Sache für sich.

und ein Klagerecht auf diese Übergabe entspringt aus der blossen Einigung nicht. Um die Übertragung des Eigentums an der Sache zu erzwingen, bleibt dem B nur übrig zu dem etwaigen obligatorischen Recht seine Zuflucht zu nehmen. Und selbst wenn A, nachdem er geschäftsunfähig geworden ist, dem B die Sache hingibt, so erlangt B damit doch nicht das Eigentum an der Sache. Denn eine Übergabe im Sinne des § 929,[1] kann A nicht mehr vornehmen, weil er geschäftsunfähig ist. B erwirbt zwar den Besitz der Sache, aber keinen Übergabebesitz. Übergibt der gesetzliche Vertreter des A dem B die Sache, so ist für den Eigentumsübergang nicht jene Einigung zwischen A und B von Belang; vielmehr hängt dieser davon ab, dass der gesetzliche Vertreter dem B die Sache zum Zwecke des Eigentums übergibt, dass er und B darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. — Also auch in dieser Richtung spüren wir nichts von dem rechtlichen Dasein der Einigung vor der Übergabe. Hiernach dürfte es begründet sein, der Einigung vor der Übergabe die Rechtserheblichkeit für die dingliche Rechtsänderung überhaupt abzusprechen. Mögen A und B sich noch so oft und noch so feierlich über den Eigentumsübergang einer beweglichen Sache einigen, rechtlich findet das gar keine Beachtung. Darin beruht eben das Wesen des vom B. G.-B. übernommenen Traditionsprinzipes: das Recht will nicht die einfache in der Einigung über den Eigentumsübergang der Sache bestehende Absicht der Parteien sanktionieren, sondern nur die kombinierte Absicht, d. h. es fordert das Hinzukommen eines zweiten Willens, der präsenten Übergabe.[1]) Die Einigung muss zur Zeit der Übergabe vorhanden sein, beide müssen sich in einem Punkte treffen, um den Übergang des Eigentums an der Sache zu bewirken. Kommt die Einigung vor der Übergabe zustande, was häufig der Fall ist, da die Einigung meistens schon in dem obligatorischen Vertrage mit enthalten ist, so bildet dies einen Beweisgrund für das Vorhandensein der Einigung auch bei der nachfolgenden

[1]) Vgl. Bechmann a. a. O. S. 41.

Übergabe. Eine rechtserhebliche Tatsache ist aber nur die Einigung, welche bei der Übergabe vorhanden ist und sich mit dieser vereint.

Das Ergebnis unserer Ausführungen über die Übergabe und die Einigung des § 929,[1] ist demnach kurz dieses: die Übergabe ist für den Eigentumsübergang ein selbständiges, der Einigung gleichwertiges Erfordernis, sie ist von gleicher Art wie diese; beide, Einigung und Übergabe, bilden einen einheitlichen Tatbestand. Angesichts dessen ist die Ansicht, welche die Einigung allein oder genauer das »einig« sein des Eigentümers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang für das sachenrechtliche Rechtsgeschäft, für den dinglichen Vertrag erklärt, wohl unhaltbar. Den sachenrechtlichen Vertrag machen Übergabe und Einigung zusammen aus. Die Einigung für sich genommen ist nur ein wesentlicher Teil des Rechtsaktes. Die Konstruktion, welche Savigny für seinen dinglichen Vertrag aufstellte, sie trifft auch heute noch auf die Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache durch Übergabe zu: sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt. Allerdings muss in den meisten Fällen — bei der Besitzübertragung nach § 854,[2] nicht! — auch noch die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äussere Handlung hinzutreten. Dadurch wird aber das Wesen des sachenrechtlichen Vertrages nicht aufgehoben.

Dass die Pfandübergabe des § 1205,[1] und die Nießbrauchsübergabe des § 1032 derselben juristischen Konstruktion unterliegen, bedarf kaum der Erwähnung. Aber auch der Vorgang des § 930 wie der des § 931 ist kein anderer. In beiden Fällen wird die Übergabe — nach des Gesetzes eigenen Worten — nur ersetzt einmal dadurch, dass zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt vorausgesetzt, dass der Eigentümer im Besitze der Sache ist, das andere Mal dadurch, dass der Eigentümer

dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, falls ein dritter im Besitze der Sache ist.[1]) Das Gesetz fordert also an Stelle des Besitzübertragungsvertrages zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber einen anderen Vertrag, entweder einen Leihvertrag, Miet-, Verwahrungs- oder sonst einen Vertrag, auf Grund dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz an der Sache erlangt, oder einen Abtretungsvertrag. Die ausserdem erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang steht zu einem derartigen Vertrag in demselben Verhältnis wie zu der durch denselben ersetzten Übergabe. Eine ausdrückliche Erklärung der Einigung wird auch in diesen Fällen selten sein. Ihr Vorhandensein bei dem Abschluss des nach § 930 bzw. 931 an Stelle der Übergabe ausreichenden Vertrages ergibt sich aber aus eben diesem Vertrage in Verbindung mit dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft. Die bisher erörterten Fälle der dinglichen Rechtsänderung an beweglichen Sachen teilen alle eine Eigentümlichkeit: sie stellen sich als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar, welches sich zusammensetzt aus einem Vertrage (Übergabe, constitutum possessorium, Abtretungsvertrag) und der Einigung der Beteiligten über die dingliche Rechtsfolge. Zwei gleichartige Willensakte müssen zusammenkommen, um den beabsichtigten sachenrechtlichen Erfolg zu bewirken. Diese Regel erleidet eine Ausnahme durch § 929 Satz 2, mit welchem wir uns bereits oben etwas befasst haben. § 929,[2] besagt: »Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.« Es reicht also *ein* Willensakt der Parteien, lediglich die Einigung, zur Eigentumsübertragung aus immerhin nur unter der Voraussetzung, dass der Erwerber der Sache sich zugleich im Besitze derselben befindet. Die Übertragung des Eigentums nach § 929,[2] ist durchaus nicht selten. Vor allem gehört hierher der Eigentumsübergang, der sich durch die

[1]) Bei der Bestellung eines Niessbrauchs oder eines Pfandrechtes lässt das Gesetz ebenfalls einen Ersatz der Übergabe in entsprechender Weise zu, beim Pfandrecht allerdings in beschränkterem Masse. Vgl. § 1032 und § 1205.

Annahme einer sog. Traditionsofferte nach Einräumung des Besitzes an der zu tradierenden Sache vollzieht. Einen gesetzlichen Fall dieser Art bietet § 700 S. 2. Ihrer Natur nach ist die Einigung des § 929,[2] ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein sachenrechtlicher Vertrag. Die Gründe, welche uns hinderten das »einig« sein des § 929,[1] als selbständigen Vertrag anzuerkennen, treffen für die »Einigung« des Satz 2 desselben nicht zu. Im übrigen können wir auf das, was oben über die »Einigung« des § 854,[2] gesagt ist verweisen. Nur ist bei der Einigung des § 929,[2] ganz unzweifelhaft, dass sie wesentliches Tatbestandsmoment für den Eintritt eines rechtlichen Erfolges, des Eigentumsüberganges, ist. Dass die Einigung nicht allein, sondern nur in Verbindung mit einem anderen Tatumstand den Rechtserfolg herbeizuführen vermag, widerspricht ihrer Rechtsgeschäftsnatur weder hier noch dort. Wer in der Einigung des § 854,[2] einen Vertrag sieht, muss einen solchen auch in der Einigung des § 929,[2] finden. Diese Konsequenz zieht Bruck nicht.

Nachdem wir so das Wesen der Einigung des § 854,[2] und der Einigung über die dingliche Rechtsänderung an beweglichen Sachen untersucht haben, wird uns nunmehr die Einigung über die dingliche Rechtsänderung an Grundstücken zu beschäftigen haben.

b) Die Einigung über die dingliche Rechtsänderung an Grundstücken.

1. Einigung und Eintragung verglichen mit Übergabe und Einigung.

Anders als bei den Rechten an beweglichen Sachen enthält das B. G.-B. über die Rechte an Grundstücken allgemeine Vorschriften. Es widmet diesen den 2. Abschnitt des dritten Buches. Die grundlegenden Bestimmungen gibt das Gesetz gleich im ersten Paragraphen 873. An ihn haben wir daher in unserer Darstellung anzuknüpfen. Der erste

Absatz des § 873 bestimmt: »Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.« Hiermit knüpft das B. G.-B. auch die dingliche Rechtsfolge an Grundstücken an einen zusammengesetzten Tatbestand in ganz ähnlicher Weise wie die dingliche Rechtsfolge an beweglichen Sachen. Einigung und Eintragung sind die beiden Elemente, deren Vereinigung erst die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke oder die Belastung eines Grundstücks mit einem Recht oder die Belastung eines solchen Rechtes bewirkt. Diese Ähnlichkeit des rechtlichen Vorgangs des § 873 mit dem des § 929,[1] hat fast allgemein zu einer völligen Gleichbehandlung beider hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion geführt. Und doch bestehen wesentliche Unterschiede, welche dazu nötigen beide Fälle zu trennen. Die Übergabe und ihre Ersatzmittel sind Parteihandlungen, sind Rechtsgeschäfte; die Eintragung dagegen ist eine Amtshandlung, ist ein obrigkeitlicher Akt. Kommen, wie wir gesehen haben, in der Einigung und der Übergabe gleichartige Willen zum Ausdruck, so gehören Einigung und Eintragung ganz verschiedenen Gebieten an. Die Voraussetzungen der Einigung sind Willenserklärungen des materiellen Rechtes, die Voraussetzungen der Eintragung formelle prozessuale Anträge.[1]) Einigung und Eintragung sind also in ihrem Wesen durchaus ungleich. Des weiteren ist das zeitliche Verhältnis von Einigung und Eintragung ein anderes als das zwischen Übergabe und Einigung. Während die Übergabe bzw. ihre Ersatzmittel und die Einigung neben einander vorhanden sein müssen, können Einigung und Eintragung hinter einander eintreten. Dass beide zeitlich zusammenfallen, dürfte sogar selten sein, da der Zeitpunkt der Eintragung

[1]) Fuchs, Festgabe für Richard Wilke, 1900, S. 100.

dem Einflusse der Parteien entzogen ist. Die Einigung geht entweder der Eintragung voran; dann wird die Rechtsänderung durch die Eintragung der Einigung gemäss vollendet; oder es besteht das umgekehrte Verhältnis.[1]) Die zeitliche Verknüpfung von Einigung und Eintragung ist demnach bei weitem nicht so innig wie zwischen Übergabe und Einigung. Schliesslich kann man auch in der ungleichen Anordnung im Gesetz, wenn man will, noch einen Unterschied erblicken. In § 929,[1] stellt der Gesetzgeber die Übergabe an die Spitze, in § 873 dagegen die Einigung.

2. Die Einigung des § 873,1.

Der Inhalt der Einigung über die Rechtsänderung an Grundstücken entspricht derjenigen über die Rechtsänderung an beweglichen Sachen. Sie enthält die Erklärung des Berechtigten, dass er in die Rechtsänderung willige, dass er sein Recht dem andern Teile überlasse, es zu seinen Gunsten aufgebe, und die Annahme dieser Bewilligung seitens des andern Teiles. Die Erklärung der Einigung bedarf grundsätzlich keiner Form.[2]) Dies ist nicht allgemein anerkannt. So meint Scherer,[3]) der Absatz 2 des § 873 enthalte die Formvorschrift. Das ist nicht richtig. § 873,[2] will nur den Zeitpunkt der Bindung der Einigung vor der Eintragung fixieren. Hierfür gibt er die formalen Voraussetzungen; er stellt aber nicht die Fälle fest, in denen keine Bindung vorliegt. Das erhellt aus dem Wortlaut des § 873,[2] und seiner Entstehungsgeschichte.[4]) Die rechtliche Bedeutung der formlosen Einigung

[1]) Mit der Möglichkeit, dass die Einigung der Eintragung nachfolgt, rechnet ausdrücklich § 879,[2] und § 892,[2]. Der Fall wird z. B. praktisch, wenn der Eigentümer eine Grundschuld oder Hypothek für ein erst von ihm aufzunehmendes Darlehn eintragen lässt.

[2]) Ausnahme § 925 (Übertragung des Eigentums) und §§ 1015, 1017 (Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechtes). In beiden Fällen muss die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden.

[3]) Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Nr. 68. »Was nicht bindet,« ist kein Vertrag; § 873,[2] enthält die Formvorschrift.

[4]) Vgl. auch Endemann a. a. O. S. 78 Anm. 11.

ist aber eine andere, wenn sie vor der Eintragung zustande kommt, eine andere, wenn sie sich nach dieser vollzieht. Die Rechtserheblichkeit der Einigung nach der Eintragung kann keinem Zweifel unterliegen. Sie vollendet alsdann sofort die Rechtsänderung und bindet damit beide Teile. Die durch die Einigung bewirkte Rechtsänderung kann nicht mehr durch einseitige Erklärung des einen Teiles aufgehoben werden. Der Einigung kommt in diesem Falle der Charakter eines Rechtsgeschäftes und zwar eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes zu. Sie ist eine übereinstimmende auf eine Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung von beiden Seiten; und die Rechtsänderung tritt deshalb ein, weil sie gewollt ist. Allerdings führt die Einigung die sachenrechtliche Wirkung nicht allein herbei. Um sie hervorzurufen, bedarf es des Vorliegens noch eines andern Tatumstandes, nämlich der Eintragung. Die dingliche Rechtsfolge knüpft sich an einen Tatbestand, der sich zusammensetzt aus der Parteihandlung, der Einigung, und einem bereits vorhandenen Tatumstand, der Eintragung, für den der Wille der Parteien nicht direkt massgebend ist. In einem solchen Falle ist nur die Parteihandlung das Rechtsgeschäft und nicht der Gesamttatbestand. Dies ist bereits oben näher begründet. Bruck will entsprechend seiner Ansicht, dass jeder Vertrag einen bestimmten selbständigen Erfolg herbeiführen muss, weder dem Gesamttatbestande, noch dem Tatbestande der Parteihandlung die Natur eines Vertrages zuerkennen. Aber wenn er in diesem Falle der Einigung den Vertragscharakter deshalb abspricht, weil sie nicht allein die sachenrechtliche Wirkung hervorbringt, sondern nur, weil die andern Voraussetzungen für die Entstehung der dinglichen Rechtsänderung schon zuvor erfüllt sind,[1]) so durfte er auch nicht die Einigung des § 854,[2] (S. 20) der Rechtsfigur des Vertrages unterstellen. Denn auch diese Einigung verschafft allein den Besitz nicht, sondern es muss auch noch eine Voraussetzung, nämlich die, dass der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben, erfüllt sein.

[1]) Bruck a. a. O. S. 12.

Weniger einfach liegt die Sache, wenn die Einigung vor der Eintragung zustande kommt. Diese Reihenfolge wird die Regel sein.[1]) Bei der Einigung vor der Eintragung macht es einen wichtigen Unterschied, ob sie sich formlos oder in einer der im § 873,[2] bestimmten Formen vollzieht. Im ersteren Fall wird die Einigung, mögen sich die Parteien auch einfacher Schriftlichkeit bedient haben, bindend erst mit der Eintragung, d. h. erst dann verlieren beide Teile das Recht, ihre Erklärungen jederzeit zu widerrufen. Das ergibt sich aus § 873,[2], welcher bestimmt: »Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamte abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.« Die formlose oder richtiger die nicht in einer Form des § 873,[2] erklärte Einigung gewährt demnach vor der Eintragung weder das dingliche Recht selbst, weil für dessen Entstehung noch ein wesentliches Erfordernis, die Eintragung, unerfüllt ist, noch gibt sie dem anderen Teile gegenüber dem Berechtigten einen Anspruch, das zur Vollendung der dinglichen Rechtsänderung durch Eintragung Erforderliche zu beschaffen,[2]) da jeder Teil ein freies Widerrufsrecht hat, noch ist endlich derjenige, zu dessen Gunsten die Einigung erfolgt, allein auf Grund derselben in der Lage die Eintragung zu veranlassen; denn dazu bedarf es nach § 19 G.-B.-O. mindestens einer gehörigen Eintragungsbewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird.

So hat allerdings die Einigung vor der Eintragung, sofern bei ihr nicht eine der Förmlichkeiten des § 873,[2]

[1]) Vgl. auch § 20 G. B. O., wonach im Falle der Auflassung eines Grundstückes sowie im Falle der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechtes die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 334 Anm. 7. Die klagbare Verpflichtung auf Eintragung entsteht nur aus dem zu Grunde liegenden Geschäfte.

beobachtet ist, allein keine bestimmte selbständige Wirkung. Sie birgt aber die Fähigkeit in sich, die beabsichtigte Rechtswirkung zu erlangen. Die unmittelbar wirkende Ursache für die beabsichtigte Rechtswirkung ist in diesem Falle eben nicht der Parteiwille, sondern die Rechtsordnung. Es besteht eine Rechtsnorm, welche bestimmt: ist die Einigung über die Rechtsänderung an Grundstücken faktisch und rechtlich gültig erklärt und auch nicht widerrufen, so soll, wenn als weitere Voraussetzung noch die Eintragung eintritt, die Rechtsänderung entstehen.[1]) Kommt die Eintragung zu der Einigung hinzu, so entsteht das angestrebte dingliche Recht und die Einigung wird bindend. Das Recht an dem Grundstück entsteht aber — und hierin zeigt sich auch deutlich der Unterschied zwischen Einigung und Eintragung einerseits und Übergabe und Einigung andererseits — mit dem Hinzutreten der Eintragung nicht deshalb, weil anzunehmen ist, der durch die Einigung dokumentierte Wille beider Teile, die Rechtsänderung herbeizuführen, dauere in gleicher Weise bis zur Eintragung fort, wofern nicht vorher ein Widerruf statt habe. Die Einigung kommt nicht als ein Zustand, sondern als ein Hergang für die Rechtswelt in Betracht. Denn es ist ohne Einfluss auf ihre Wirksamkeit, wenn einer von beiden Teilen, zwischen welchen die Einigung zustande kam, stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor die Einigung bindend durch die Eintragung geworden ist. Der Entwurf 1 § 828,[4] hatte dies ausdrücklich ausgesprochen. Diese Bestimmung wurde aber in zweiter Lesung[2]) als selbstverständlich gestrichen, weil die Vorschrift des § 107,[2] E 2 (jetzt B. G.-B. § 130,[2]) auch für das Sachenrecht gelte. Der Geschäftsunfähigkeit muss die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit gleichgestellt werden.[3])

Mit der Erklärung der Einigung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Eintritt der dinglichen Rechtsfolge am Grundstücke erfüllt. Allerdings ist sie allein nicht im-

[1]) Näheres s. oben S. 17 ff.
[2]) Prot. III S. 64.
[3]) Planck, Bemerkungen zu § 130.

stande ihr rechtliches Dasein wirksam zu äussern; zur rechtlichen Wirksamkeit wird sie erst durch die Eintragung erweckt. Aber gleichwohl stehen wir nach unseren obigen Ausführungen (S. 14 ff.) nicht an die Einigung für ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, für einen Vertrag, zu erklären. Sie begründet das dingliche Recht, wenn auch nicht allein, so doch in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuch.[1]) Die Einigung ist ein an sich fertiger Vertrag; nur seine Wirksamkeit hängt noch von einem weiteren Umstand, der Eintragung, als Rechtsbedingung ab. Nach Meisner[2]) enthält die Einigung zwar eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung: sie ist ein abstraktes vom materiellen Rechtsgrunde unabhängiges Rechtsgeschäft, aber sie ist kein Vertrag, sondern ein Vertragserfüllungsgeschäft, ein Leistungsgeschäft, das auf Grund einer dazu übernommenen, gewöhnlich erzwingbaren Verpflichtung vorgenommen wird. Meisner übersieht dabei, dass das B. G.-B. den Vertragsbegriff nicht auf das Obligationenrecht beschränkt. Die Ausdehnung des Vertragsbegriffes bekämpfen und ihn auf das Obligationenrecht zurückdrängen zu wollen, ist gegenüber dem B. G.-B. ein nutzloser Versuch. Ferner verkennt Meisner die Selbständigkeit des Leistungsgeschäftes. Und doch bezeichnen die Motive zum B. G.-B.[3]) die Unabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa als einen grossen den Entwurf beherrschenden Grundsatz. Unter der Herrschaft dieses Grundsatzes steht auch das B. G.-B. — Die Einigungserklärungen etwa als zwei neben einander stehende Rechtsgeschäfte zu konstruieren, ist unnatürlich und ein innerer Widerspruch.[4]) Dadurch, dass sich die Erklärungen auf einander beziehen, sind sie ihrem Inhalte nach ein Ganzes, und dieses Ganze hat die oben festgestellten Merkmale eines Vertrages. Nun muss man sich aber hüten, aus der Vertrags-

[1]) Dernburg a. a. O. S. 334 Anm. 7 gegen Bruck.

[2]) Meisner, Kommentar zum dritten Buche des Deutschen Bürgerlichen Rechtes zu § 873 Nr. 1 und Vorbemerkungen vor § 873 II.

[3]) Bd. III S. 3.

[4]) Prot. III S. 59.

natur der Einigung zuviel zu folgern. Das geschieht nicht selten, vor allem bei der »bindenden« Einigung, auf welche wir nunmehr des näheren einzugehen haben.

3. Die bindende Einigung des § 873,2.

Der Gesetzgeber des B. G.-B. hat, wie wir bereits sahen, Anlass genommen die Bindung der Beteiligten an die Einigung vor der Eintragung durch eine besondere sachenrechtliche Vorschrift (§ 873,[2]) einzuschränken. Um das Wesen und die Bedeutung dieser Bindung der Einigung vor der Eintragung richtig zu erfassen, ist es von Nutzen sich zu vergegenwärtigen, von welchen Erwägungen sich der Gesetzgeber dabei hat leiten lassen. Darüber geben uns die Motive und Protokolle am besten Aufschluss. Die Einigung schlechtweg für bindend zu erklären, trug man Bedenken einmal deshalb, weil die sofortige Bindung einer übereilten und leichtfertigen Verfügung über das Eigentum und andere Rechte an Grundstücke zu wenig entgegentrete,[1]) sodann deshalb, weil der Abschluss des dinglichen Vertrages häufig in dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages stillschweigend enthalten sei und es unter Umständen zweifelhaft sei, in welchem Sinne ein solches Geschäft gemeint sei.[2]) Das wichtigste Moment aber, welches in der zweiten Kommission vorgebracht wurde, ist dieses: es erscheine durchaus unzweckmässig, wenn man einerseits die Entstehung einer mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Rechtsänderung an die Eintragung knüpfe, andererseits aber die Parteien an einen dinglichen Vertrag binde, der wegen seiner Formlosigkeit nach den Vorschriften der G.-B.-O. zur Eintragung der in ihm beurkundeten Rechtsänderung nicht führen könne. Dieser Gesichtspunkt war auch massgebend bei der Entscheidung der Frage, wann denn nun der dingliche Vertrag für die Vertragschliessenden bindend sein solle. Die Gebundenheit der Vertragschliessenden soll vor der Eintragung erst mit dem

[1]) Mot. III S. 175 Prot. III S. 63.
[2]) Prot. III S. 63.
[3]) Prot. ebenda.

Zeitpunkte eintreten, in welchem dieselben ihrerseits alles getan haben, was das Gesetz verlangt, um die Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen.[1]) Denn, wenn die Eintragung nicht erfolgen kann, ist auch nicht der ernstliche Wille der Parteien zu unterstellen, dass der Vertrag, welcher zu seiner Wirksamkeit der Eintragung bedarf, als bindend gelten soll.[2])

Dieser von der zweiten Kommission ausgesprochene Grundsatz insbesondere verdient auch für das B. G.-B. Beachtung. Der Gesetzgeber hat also die Beteiligten vor der Eintragung nur an diejenige Einigung binden wollen, auf Grund deren die Eintragung der Rechtsänderung erfolgen kann, und dieser Absicht entsprechend hat er die Formvorschriften des § 873,[2], durch deren Beobachtung die Einigung vor der Eintragung bindend wird, getroffen. Ist daher bei der Einigung eine der Förmlichkeiten des § 873,[2] erfüllt und sie mithin bindend geworden, so kann auch die Eintragung lediglich auf Grund dieser formalisierten Einigung erfolgen, und das Grundbuchamt muss sie auf Grund derselben vollziehen, sobald es darum angegangen wird. Sind die Einigungserklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet, so brauchen sich die Erklärungen ausser auf die materielle Rechtsänderung nicht auch auf die Eintragung derselben zu erstrecken noch ist eine besondere Eintragungsbewilligung seitens des Passivbeteiligten notwendig.[3]) Denn die Einwilligungserklärung des Passivbeteiligten über die materielle Rechtsänderung enthält zugleich dessen Bewilligung bezüglich der dazu erforderlichen Eintragung. § 19 der G.-B.-O. stellt zwar als Regel auf, dass die Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Damit wird aber nur das Mindestmass dessen, was als Grundlage für eine Eintragung dienen kann, festgesetzt. Ist nun aber die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über die materielle Rechtsänderung erklärt und nachgewiesen

[1]) Mot. III S. 175.

[2]) Prot. III S. 63.

[3]) A. M. Strecker, Rechte an Grundstücken S. 35. Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 764.

durch gerichtliche oder notarielle Urkunden, so ist dieses Mass mehr als erfüllt. Dies erhellt auch daraus, dass gerade in den wichtigsten Fällen der dinglichen Rechtsänderung nach der Grundbuchordnung die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten zur Eintragung nicht genügt. Denn bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, bei der Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechtes fordert § 20 der G.-B.-O. den Nachweis der Einigung der Beteiligten. Ob die Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamte (§ 873,[2]) zu Protokoll erfolgen muss oder ob lediglich die Tatsache ausreicht, dass die Erklärungen als solche wirklich abgegeben sind, ist streitig. Man wird aber entsprechend der oben dargelegten Tendenz der Bestimmungen des § 873,[2], welche eine zum sofortigen Vollzuge im Grundbuche geeignete Bindung im Auge haben,[1]) den § 29 der G.-B.-O. zur Auslegung dieser Vorschrift heranziehen und demgemäss eine Protokollierung der Erklärungen fordern müssen.[2]) — Ebenso müssen die bei dem Grundbuchamte eingereichten Erklärungen einer solchen Form entsprechen, dass auf Grund derselben eine Eintragung vorgenommen werden kann.[3]) Dass die Eintragungsbewilligung, welche der Berechtigte dem anderen Teil aushändigt, den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechen muss, wird im Gesetze ausdrücklich verlangt. Nach diesen Ausführungen kann es nicht mehr schwer fallen, anzugeben, worin denn eigentlich die Bedeutung der Bindung des § 873,[2] zu finden ist. Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden heisst nichts anderes als: sie müssen die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche geschehen lassen; die bindende Einigung legt den Willen der Parteien fest derart, dass kein Teil mehr einseitig die Eintragung hindern kann.[4]) Die bindende Einigung bringt allein noch

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civils. Bd. 50 S. 82/83.

[2]) Strecker a. a. O. S. 30; Biermann zu § 873 u. a.; A. M. Planck Bem. 4 b zu § 873; Fuchs, Grundbuchrecht, Bem. 25 zu § 873; Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht, 2. Aufl. 1900, S. 725.

[3]) Strecker a. a. O.; Biermann a. a. O.; A. M. Planck a. a. O.; Fuchs a. a. O.

[4]) Vgl. auch Romeick a. a. O. S. 117.

nicht die Rechtsänderung hervor; diese tritt erst mit der Eintragung ein, das ist zweifellos. Die bindende Einigung führt aber auch nicht eine Verfügungsbeschränkung des Veräusserers hinsichtlich des Grundstücks zu gunsten des Erwerbers herbei.[1]) Der Veräusserer kann trotz bindender Einigung dritten gegenüber frei verfügen, nur darf er es gegenüber dem Erwerber nicht. Das B. G.-B. kennt nur ein gesetzliches Veräusserungsverbot (§§ 135—137). Die Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung gründet sich auf Rechtsgeschäft. Eine gesetzliche Vorschrift, welche die Gebundenheit der Beteiligten, d. h. des Berechtigten und des anderen Teiles an die Einigung die Bedeutung einer gegen dritte wirksame Verfügungsbeschränkung beilegte, besteht nicht.

Manche Schriftsteller wollen der bindend gewordenen Einigung für sich allein die Klagbarkeit zusprechen. Auf Grund der blossen bindenden Einigung soll der andere Teil gegen den Berechtigten darauf klagen können, an der Herstellung der formellen Grundlagen der Eintragung mitzuwirken, z. B. eine entsprechende Eintragungsbewilligung auszustellen oder auszuhändigen; mit anderen Worten aus der bindenden Einigung soll eine obligatorische Verpflichtung zur Beschaffung der Eintragungsvoraussetzungen entspringen. Diese von einer Reihe namhafter Schriftsteller[2]) vertretene Ansicht ist nicht haltbar. Denn wenn man mit uns davon ausgeht, dass, wenn eine infolge der Beobachtung einer der in § 873,[2] vorgeschriebenen Förmlichkeiten bindende Einigung vorliegt, damit auch die formelle Grundlage für die Eintragung der Rechtsänderung geschaffen ist, so bleibt für eine derartige

---

[1]) A. M. Emil Koffka: Die Bedeutung der rechtlichen Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung. Festgabe für Wilke S. 173/74.

[2]) Strecker a. a. O. S. 36; Oberneck a. a. O. S. 183; Fuchs a. a. O. S. 64 Bem. 68; Endemann a. a. O. S. 81. Letzterer im Banne des obligatorischen Vertrages stehend ist auch hier der Ansicht: aus dem dinglichen Vertrage (der Einigung) entspringe ein sachenrechtlich begründeter Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechtes durch Eintragung. Dieser Anspruch soll dann durch Abtretungsvertrag auf dritte übertragen werden können.

Leistungsklage gar kein Raum. Zudem gibt dafür, dass die Gebundenheit einen klagbaren Anspruch gewährt, weder das Gesetz einen Anhalt, noch ist in der Entstehungsgeschichte desselben davon die Rede. Es ist auch widersinnig, die Einigung als einen dinglichen Vertrag hinzustellen, der anerkanntermassen keine Verpflichtungen erzeugt, sondern eine Rechtsänderung an der Sache bezweckt, und es gleichwohl dem Belieben der Parteien zu überlassen, ob sie durch Wahrung einer bestimmten Form eben diesem dinglichen Vertrage einen obligatorischen Charakter beilegen wollen oder nicht.[1]) Für eine Leistungsklage kann die Einigung, auch wenn sie in einer Form des § 873,[2] zustande gekommen ist, nie die Grundlage bilden, sondern nur der ihr zu grunde liegende obligatorische Vertrag. Da aber die bindende Einigung rechtlich wirksame Beziehungen zwischen den Beteiligten erzeugt, so ist die Möglichkeit einer Feststellungsklage gemäss § 256 C.-P.-O. nicht ausgeschlossen.

Durch die Verneinung der Klagbarkeit der nach § 873[2] bindenden Einigung wird die rechtliche Konstruktion der Einigung nicht berührt. Die Einigung des § 873 kann nicht wohl anders als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, als ein sachenrechtlicher Vertrag, dessen Wirksamkeit von der Eintragung als Rechtsbedingung abhängt, konstruiert werden. Das geht aus dem dargelegten Wesen der nach § 873,[2] bindenden Einigung und ihrer Bedeutung klar hervor.

---

[1]) Vergl. auch Bruck a. a. O. S. 9. Dieser geht freilich in dem Bestreben der bindenden Einigung jede Wirkung abzusprechen entschieden zu weit. Die Bindung an die Einigung ist für die Möglichkeit der Herbeiführung der sachenrechtlichen Wirkung durchaus nicht bedeutungslos, wie er meint (S. 9). Sie schafft, wie wir gesehen haben, gerade die Möglichkeit der Eintragung der Rechtsänderung. Die Bindung der Einigung soll nach Bruck nur in der Richtung Bedeutung erlangen, dass sie den für die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten massgebenden Zeitpunkt festlegt. Das ist keine Besonderheit der bindenden Einigung; dies ist auch bei der nicht bindenden Einigung der Fall. Vgl. oben S. 46.

C.

Ergebnis.

Das Ergebnis unserer Gesamtausführungen lässt sich kurz dahin zusammenfassen: überall da, wo das B. G.-B. im Sachenrecht eine »Einigung« der Beteiligten über eine Rechtsänderung fordert, haben wir es mit einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, mit einem sachenrechtlichen Vertrage zu tun. Auf diese »Einigung« finden daher die Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die über den Vertrag, Anwendung, soweit sie nicht durch besondere Vorschriften des Sachenrechtes (z. B. § 873,[2]; § 925,[2]) eine Änderung erfahren. — Es bleibt dabei stets zu beachten, dass der Vertrag, welchen die »Einigung« bildet, ein sachenrechtlicher ist. —

Verlangt aber das B. G.-B. ein »einig« (sein) der Beteiligten über eine Rechtsänderung, so liegt darin zwar eine zweiseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, aber kein selbständiges Rechtsgeschäft, weil das »einig« (sein) immer mit einem anderen Rechtsgeschäfte (Übergabe u. s. w.) zu einer untrennbaren Einheit verbunden ist. Soweit diese Tatsache nicht entgegensteht, unterliegt auch das »einig« (sein) den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte.